

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

**ANAYASAL DEVLETTE TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER
DÜZENİ**

Doktora Tezi

Mahmut GÖKPINAR

Ankara-2016

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

**ANAYASAL DEVLETTE TEMEL HAK VE
ÖZGÜRLÜKLER DÜZENİ**

Doktora Tezi

Mahmut GÖKPINAR

DANIŞMAN
Doç. Dr. Bülent ALGAN

Ankara-2016

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	İV
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ANAYASAL DEVLET VE UNSURLARI

I. ANAYASAL DEVLET KAVRAMLARI: SINIRLI İKTİDAR ve ANAYASACILIK	10
A. SINIRLI İKTİDAR.....	12
B. ANAYASACILIK	16
II. ANAYASAL DEVLETİN UNSURLARI: HUKUK DEVLETİ, KUVVETLER AYRILIĞI ve İNSAN HAKLARINA DAYALI DEVLET YAPISI	25
A. HUKUK DEVLETİ.....	26
1. Hukuk Devleti Teorisi	28
a. Kavramın Terminolojik Kullanımı.....	28
b. Hukuk Devletinin Düşünsel Gelişimi.....	33
c. Hukuk Devleti-Polis Devleti Ayrımı.....	39
2. Hukuk Devleti Anlayışları (Maddi-Biçimsel Hukuk Devleti).....	47
a. Biçimsel Hukuk Devleti	50
a.1. Adalet ve Meşruluk.....	51
a.2. Hukuksal Güvenlik- Kanunilik İlkesi	52
a.3. Yargısal Denetim ve Bağımsızlık	60
b. Maddi Hukuk Devleti.....	64
B. KUVVETLER AYRILIĞI.....	76
1. Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Düşünsel Gelişimi	77
2. Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Hukuksal İçeriği ve Günümüzdeki Anlamı.....	79
3. Kuvvetler Ayrılığı Bağlamında Yargı Bağımsızlığı.....	88
a. Bir İlke Olarak Yargı Bağımsızlığı	92
b. Yürütme Organı Karşısında Bağımsızlık ve Yargıç Teminatı.....	96
b.1. Yargıçlık Teminatı.....	97

b.2. Yargıçların Hesap Verebilirliği ve Denetimi	103
b.3. Yargı Bağımsızlığı ve Yargısal Kurullar.....	109
b.4. Mahkeme Üyelerinin Atanması ve Mesleğe Kabul.....	120
b.5. Yargı Bağımsızlığı ve Askeri Mahkemeler	123
b.6. Yargıçların Yargısal Olmayan Görevlere Atanması ve Yargı Bağımsızlığı.....	125
c. Yasama Organı Karşısında Bağımsızlık.....	128
C. İNSAN HAKLARINA DAYALI DEVLET YAPISI.....	130
1. İnsan Hakları- Temel Hak ve Özgürlükler Kavramları	130
2. Anayasal Devlette İnsan Haklarının Rolü ve Önemi.....	133
3. Anayasal Devletin Temel Hak ve Özgürlükler Anlayışı	137
4. Anayasal Devlette Egemenliğin Temel Hak ve Özgürlükler Çerçevesinde Değişimi.....	141

İKİNCİ BÖLÜM

ANAYASAL DEVLETİN İNSAN HAKLARINA İLİŞKİN ÜSTLENDİĞİ FONKSİYONLARIN GÖRÜNÜMÜ, ANAYASAL DEVLETTE ANAYASA YARGISININ YERİ VE FONKSİYONLARI

I. DEVLETİN İNSAN HAKLARINA İLİŞKİN ÜSTLENDİĞİ FONKSİYONLARIN ANAYASAL DEVLETTEKİ GÖRÜNÜMÜ	157
A. TANIMA (DÜZENLEME)	157
1. Genel Olarak Düzenleme Kavramı.....	158
2. Düzenleme Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması.....	164
a. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Yöntem ve Güvenceler....	166
a.1. Yöntem (Kanunla Sınırlama).....	166
a.2. Ölçülülük İlkesi	172
a.2/1. Genel Olarak Ölçülülük İlkesi	173
a.2/2. Ölçülülük İlkesinin Alt İlkeleri (Elverişlilik, Zorunluluk, Orantılılık)	179
a.2/2.i. Elverişlilik	179
a.2/2.ii. Gerekliklik (Zorunluluk).....	182
a.2/2.iii. Orantılılık (Dar Anlamda Ölçülülük).....	184
a.3. Öz Güvencesi (Öze Dokunma Yasağı).....	186

a.4. Demokratik Toplum Düzeni Gereklere	193
a.5. Olağanüstü Yönetim Usullerinde Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Güvencelerin Varlığı	201
B. KORUMA.....	206
1. Genel Olarak Temel Hak Ve Özgürlüklerin Korunması	206
2. Ulusal/Uluslararası Koruma Farkı	208
a. Uluslararası Korumanın Ortaya Çıkışı	208
b. Uluslararası Korumanın Hukuksal Dayanağı	210
c. Ulusal Korumanın Anayasal Devlet Bakımından Önemi	211
3. Anayasal Devlette Yeni Ulusal Koruma Mekanizmaları	215
a. Ombudsman(Kamu Denetçisi)	223
b. İnsan Haklarıyla İlgili Komisyon ve Birimler	232
C. GEREĞİNİ YERİNE GETİRME	240
II. ANAYASAL DEVLETTE ANAYASA YARGISININ YERİ VE FONKSİYONLARI	246
A. BİR KAVRAM OLARAK ANAYASA YARGISI	249
B. ÖZGÜRLÜKLER ÇERÇEVESİNDE ANAYASA YARGISININ MEŞRULUĞU	251
D. ANAYASAL DEVLETTE ANAYASA YARGISININ FONKSİYONLARI.....	264
1. Kuvvetler Ayrılığı Çerçevesinde Anayasal Dengelerin Korunması.....	265
2. Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması	268
a. Anayasayı Temel Hak ve Özgürlükler Lehinde Yorumlamak.....	272
b. Bireysel Başvuruları Kabul Etmek(Anayasa Şikayeti).....	282
SONUÇ.....	296
KAYNAKÇA	307
İNTERNET KAYNAKLARI	341

KISALTMALAR

AAM	: Alman Anayasa Mahkemesi
AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AK	: Avrupa Konseyi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AÜSBFY	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
ASŞ	: Avrupa Sosyal Şartı
AT	: Avrupa Topluluğu
AYD	: Anayasa Yargısı Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AYMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
BDP	: Barış ve Demokrasi Partisi
BM	: Birleşmiş Milletler
Bkz.	: Bakınız
C	: Cilt
Çev	: Çeviren
Çev.Ed.	: Çeviri Editörü
CHP	: Cumhuriyet Halk Partisi
DBD	: Doğu Batı Dergisi
Der.	: Derleyen
DDÜHFY	: Diyarbakır Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
DEÜHFY	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları

DÜSBD	: Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
dn.	: Dipnot
Düz.	: Düzenleyen
E	: Esas
e.t	: Erişim Tarihi
ESKH	: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi
ESKHS	: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Sözleşme
EÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GHD	: Güncel Hukuk Dergisi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HAD	: Hukuk ve Adalet Dergisi
HSYK	: Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu
HSYKK	: Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu
HÜHFD	: Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İBÜY	: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları
İİİD	: İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
İHKAD	: İnsan Hakları Kararlar Derlemesi
İÖÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İTÜSBD	: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜHFY	: İstanbul Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
K	: Karar
KHHD	: Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname

KYM	: Kanada Yüksek Mahkemesi
KÜY	: Kocaeli Üniversitesi Yayınları
MÜHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
MÜHFY	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
md.	: Madde
MHP	: Milliyetçi Hareket Partisi
p.	: Paragraf
s.	: Sayfa
Sy.	: Sayı
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
SÜHFY	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBBY	: Türkiye Barolar Birliği Yayınları
TODAİY	: Türkiye Orta Doğu Amme İdaresi Yayınları
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
UAD	: Uluslararası Adalet Divanı
UİHK	: Ulusal İnsan Hakları Kurumu
YTD	: Yeni Türkiye Dergisi
YÜHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

GİRİŞ

Devlet iktidarının sınırlandırılması çok eski çağlara kadar uzanmakla birlikte bunun temel hak ve özgürlükler doğrultusunda olması ve anayasal güvenceye kavuşturulması Aydınlanma çağıyla birlikte düşünce dünyasında yer almaya başlamıştır. Bu sürecin gelişim aşamaları ve ülkemizdeki izdüşümlerinin önemli bir konu olduğu düşüncesindeyiz.

Temel hak ve özgürlüklerin garantörü olan devlet aynı zamanda bunların en kuvvetli potansiyel ihlal edicisi konumundadır. Devletin garantör sıfatının öne çıkarılıp ihlal edici potansiyelinin dizginlenmesi için devlet yetkileri ve gücü sınırlanmalıdır. Ayrıca bunun en üst norm niteliğine sahip yazılı bir anayasada hüküm altına alınması gerekmektedir. Üstelik bu sınırlamanın amacı temel hak ve özgürlükleri koruma, geliştirme ve hayata geçirmek olmalıdır. Anayasal devlet, temel hak ve özgürlükler bakımından keyfi bir iktidara alternatif olmak üzere ortaya çıkmış olup, ancak çeşitli düzeylerde iktidar yetkisi kullananların istedikleri zaman ve oranda sınırlanabilen bir iktidarın tersine, temel hak ve özgürlükler temelinde biçimlenmiş anayasal nitelikte ilke ve kurallara göre sınırlanabilen bir iktidarı, devleti ifade etmektedir.

Anayasal devlet düzeninde bireylerin ve özellikle de çeşitli nedenlerden dolayı azınlıkta kalanların temel hakları çoğunluğa ve bu arada devlete karşı korunmalıdır. Anayasacılık genel olarak, devletin başta anayasa olmak üzere kanunla sınırlanması olarak tanımlanabilirse de bu amacı hayata geçirmek amacıyla yapılan kanunların varlığı tek başına yeterli olmayıp, bunların ihlal edilip edilmediğini kontrol edip gözeten anayasal nitelikte dengeleyici mekanizmalar var olmalıdır. Aksi halde devlet iktidarından kaynaklanan kamusal yetkileri kullanma imkânına sahip görevlileri sınırlayan kanunların varlığı temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından hiçbir işe yaramayacaktır. Anayasada, devletin temel organlarının görev ve yetkileri, bireylerin özgürlükleri esas alınarak düzenlenmeli; hak ve özgürlükler belirlenmek suretiyle devlete karşı güvenceli hale getirilmeli; bu çerçevede bireyi ve haklarını koruyan denge-denetim mekanizmalarına yer verilmelidir.

İktidarı elinde bulunduranların özgürlükleri hukuka aykırı bir şekilde ortadan kaldıran eylem ve işlemlerinin engellenmesi ancak, yasama ve yürütmeden ayrı ve en

önemlisi bağımsız bir yargı organının varlığı ile mümkündür. Bir ülkenin ulaşmış olduğu gelişmişlik seviyesini belirlemede başvurulacak ölçütlerden biri; özgürlüklerin ne ölçüde hayata geçtiğidir. Bu çerçevede özgürlüklerin en etkili güvencesi olan yargı ve adalet hizmetlerinin nasıl yerine getirildiği büyük önem kazanmaktadır. Yargısal faaliyetler adalete hizmet ettiği sürece özgürlüklerin güvencesi olabilecektir. Bunun en başta gelen şartı ise onu yerine getirenlerin, başka bir ifadeyle yargıç ve mahkemelerin bağımsız olmasıdır. Hemen belirtilmelidir ki asıl önemli olan; bireylerin temel hak ve özgürlüklerini ilgilendiren yargısal kararların, hukukun çizdiği sınırların dışında başka hiçbir etki olmaksızın özgürce verilebilmesidir.

Tez konumuzla ilgili olarak doktrinde, anayasacılık ve anayasal devlet, hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı, yargı bağımsızlığı, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması ya da sınırlama nedenlerinin müstakil olarak incelemesi şeklinde meselenin tek bir yönüne odaklanan çeşitli çalışmalar yapılmıştır. Bu çalışmada ise söz konusu bu boyutlar, anayasal devletin temel hak ve özgürlükler düzeni bakımından yerine getirmiş oldukları fonksiyonlar ölçüsünde ele alınarak konu bir bütünlük içinde verilmek istenmiştir. Özellikle de anayasal devleti Avrupa kamu hukukunun bir parçası haline getirmek üzere düzenlenmiş olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) hükümleri ve onu hayata geçiren Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) içtihatları çerçevesinde karşılaştırmaya dayanan bir metod izlenmiştir. Böylelikle temel hak ve özgürlüklerin anayasal devlet düzeninde alması gereken içerik ve form hem teorik olarak hem de uygulamaya yön gösterecek şekilde ortaya konmaya çalışılmıştır.

Çalışmanın birinci bölümünde anayasal devletin hayata geçmesi amacıyla başvurulacak hukuksal araçlardan en önemlisi ve belki de tek başına bir hak ve özgürlükler düzeni olarak tarih sahnesine çıkan hukuk devleti ilkesi, Aydınlanma felsefesi ve anayasacılık ile ilişkilendirilmiştir. Ülkenin günümüzde kazanmış olduğu anlam ve içerik özellikle hukuksal güvenlik, etkili bir yargısal denetimin varlığı ve özgürlükler çerçevesinde değerlendirilmiştir. Hukuk devletinde adalet olgusunun görünümü incelenmiştir. Anayasal devletin hayata geçmesi amacıyla başvurulacak hukuksal araçlardan bir diğeri olan ve günümüzde hukuk ve siyaset gündemini ağırlıklı olarak belirleyen kuvvetler ayrılığı ilkesinin günümüzde kazanmış olduğu

anlam özellikle yargı bağımsızlığı çerçevesinde ele alınmıştır. Bu çerçevede, ülkemizde 2010 yılı anayasa değişiklikleri ile getirilen ve yargı bağımsızlığı bakımından çok önem taşıyan oluşumu ve fonksiyonları itibarıyla yürütme organı ile yargı teşkilatı arasındaki ince çizgide yer alan yeni Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu düzeni ve 6087 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu değerlendirilmiştir. Söz konusu Kanunda, yargı bağımsızlığı bakımından 2010 yılı değişiklikleri ile ortaya konmuş olan perspektifle bağdaşmayacak hükümler içeren 15.02.2014 tarihli ve 6524 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler ve Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) bu değişikliklere ilişkin vermiş olduğu iptal kararı incelenerek, konuyla ilgili kanaatlerimiz belirtilmiştir.

Anayasal devletin üzerinde yükselmiş olduğu en önemli olgu olan insan haklarının kavramsal boyutlarının yanı sıra anayasal devletin geleneksel insan hakları anlayışı belirtilmiş, yaşanan değişim ve gelişim çizgisine paralel olarak günümüzde var olması gereken anlayış değerlendirilmiştir. Modern devletin en önemli niteliğini teşkil eden ve bir dönemler zirveye ulaşmış olan egemenlik olgusunun özellikle insan haklarının devletlerin ulusal sınırlarını aşan yeni kavranılışı nedeniyle geçirmiş olduğu dönüşüm incelenmiştir. Bu sürecin ülkemizdeki en somut görünümü olan 1982 Anayasası'nın 90. maddesinde 2004 yılında yapılan değişikliğin insan hakları bakımından önemi ve sonuçları ortaya konmuştur.

Çalışmanın ikinci bölümünde genel olarak her devletin insan haklarına ilişkin olarak üstlenmiş olduğu fonksiyonlar olan tanıma, koruma ve gereğini yerine getirme fonksiyonlarının anayasal devletteki görünümü belirtilmiştir. Devlet iktidarının insan hakları bakımından taşımış olduğu potansiyel tehlikenin reel bir nitelik kazanma alanı olan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin anayasal güvenceler incelenmiştir. Söz konusu güvenceler, gerek AİHM gerekse Anayasa Mahkemesi (AYM) içtihatları çerçevesinde değerlendirilmiştir.

Anayasanın üstünlüğünün, dolayısıyla da anayasal devletin varlığının bir garantörü olarak ortaya çıkan anayasa yargısı, kavramsal boyutunun yanı sıra onun meşruluğu ile ilgili tartışmalar insan hakları ile ilişkilendirilerek verilmiştir. Anayasa yargısının özgürlükler bakımından icra edeceği fonksiyonları en üst seviyeye taşıyarak anayasal devleti tüm felsefesiyle hayata geçireceğini düşündüğümüz

anayasal hakların temel hak ve özgürlükler lehinde yorumlanması, gerek teorik gerekse uygulama bakımından incelenmiştir. Yorum farklarının özellikle siyasi partilerin örgütlenme özgürlükleri ve bireylerin temel tercihleri bakımından hangi sonuçları doğuracağı AYM ve AİHM içtihatları çerçevesinde ve karşılaştırmalı olarak değerlendirilmiştir. Diğer taraftan anayasa yargısını zirveye taşıyan, bir bakıma bu alandaki yeni anlayışı tek başına özetleme niteliğine sahip olan bireysel başvuru yöntemi de aynı şekilde incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ANAYASAL DEVLET VE UNSURLARI

Devlet, birçok kamu hukuku dalının konusunu teşkil etmektedir.¹ Örneğin Anayasa Hukuku, bir taraftan devletin varoluşunu ve nedenlerini, unsurlarını, kuruluş ve işleyişini,² temel organlarını, bu organların birbiriyle olan ilişkilerini, yetki ve görevlerini,³ diğer taraftan ise kanun ile uygulama arasında kurulmuş olan modern siyasal iktidar ilişkisini ortaya koyan bir kavram olarak egemenlikten kaynaklı yetkilerin,⁴ temel hak ve özgürlükler çerçevesinde sınırlanarak hakların güvenceye kavuşmasını incelemektedir.

Genel Kamu Hukuku ise, geçmişten günümüze toplumsal ilişkiler çerçevesinde oluşan, siyasal iktidar ile temel hak ve özgürlüklerin yakın ilişkisini incelemektedir.⁵ Söz konusu bu hak ve özgürlükler, aynı zamanda devletin temel organlarının yetki sınırını da çizmektedir.⁶ Diğer taraftan toplumsal yaşamın bir düzen ve istikrar içinde devam edebilmesi için belli kurallar ve bu kuralları koyan üst bir mekanizmanın varlığı oldukça önem taşımaktadır. Bu yönüyle devletin, insanlar arasında barış ve güveni sağlamak, onların temel hak ve özgürlüklerini korumak için bir zorunluluk olduğu söylenebilir.

¹ CROZAT Ch, Amme Hukuku Dersleri, Devlet Teorisinin Tarihi, Birinci Kitap, Kısım I, Çev.: Orhan Arsal, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1938, s.15.

² GİRİTLİ, İsmet/ SARMAŞIK, Jale, Anayasa Hukuku Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2001, s. 27.

³ GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Metodolojisi, Ekin Kitapevi Yayınları, 2. Baskı, Bursa 1999, s. 147; HAZIR, Hayati, Anayasa Hukuku, Alter Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2004, s. 11.

⁴ AKAL, Cemal Bali, İktidarın Üç Yüzü, Dost Kitapevi Yayınları, 7. Baskı, Ankara 2014, s. 327.

⁵ AKAD, Mehmet/DİNÇKOL, VURAL/ Bihterin, Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul 2009, s. 1.

⁶ Görüldüğü gibi, genel kamu hukuku da anayasa hukuku gibi devletin kuruluşunu, unsurlarını, şekillerini, organlarını, fonksiyonlarını, kişilerle olan ilişkilerini incelemektedir. Anayasa hukuku bunu herhangi bir devlet açısından yaparken genel kamu hukuku, aynı şeyi belirli bir devletten bağımsız olarak daha kapsamlı ve genel bir şekilde yapmaktadır. Genel kamu hukuku; pozitif hukuk kurallarından ayrı ve uzak bir şekilde devletlerin hepsine hakları ortaya koyarken anayasa hukuku bunu belirli bir devleti esas alarak yapmaktadır. Diğer taraftan doktrinde, bu ayrımın yapay olduğu ve genel kamu hukukunun bir bilim dalı olarak bağımsız olmadığı, aradaki farkın anayasa hukuku kitaplarında devletle ilgili konulara genel kamu hukuku kitaplarına oranla daha az yer verilmesi olduğu da ifade edilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, 1999, s. 148, 165-167. Doktrinde, anayasa hukukunun genel kamu hukukundan doğduğunu belirten görüşler de bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. JESTAED, Matthias, "Disiplin Olarak Anayasa Teorisi", Çev.: Hilal Kafkas, İçinde: Anayasa Teorisi, Lale Yayıncılık, Ed.: Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter, Çev.Ed.: İlyas Doğan, Ankara 2014, s. 25-28.

Ayrıca temel hak ve özgürlükleri konu alan bir çalışmada devlet önemli bir yere sahiptir. Şöyle ki, devlet, temel hak ve özgürlüklerin hem muhatabı (yükümlüsü) hem de garantörüdür.⁷ Çünkü devlet, şiddet tekeline⁸ sahip olmakla aynı zamanda ülke sınırları içinde geçerli olacak hukuku koyma ve uygulama tekeli de elde etmiş olur. İnsan hakları pozitif hukuk içerisinde yer alıp temel hak ve özgürlükler niteliğini kazandığı anda, devletin hakların doğasında var olan talepleri yerine getirme yükümlülüğü de ortaya çıkar. Böylece hakların yükümlüsü ve garantörü aynı odakta buluşmuş olur.⁹ Devlet bir yönüyle insan hakları- temel hak ve özgürlüklerin korunmasında geçmişten günümüze kadar geliştirilmiş en etkili mekanizma iken diğer yönüyle de bunların en güçlü potansiyel ihlal edicisi konumundadır.¹⁰

Diğer taraftan kısaca sınırlı devlet demek olan anayasacılığın amacı; keyfi bir devlet idaresi yerine onu çeşitli hukuksal yöntemler aracılığıyla sınırlayarak temel hak ve özgürlüklere değişmez nitelikte güçlü anayasal güvenceler sağlamaktır.¹¹ Daha sonra ayrıntıları belirtilecek olan böylesine bir rejimin hakim olduğu devlet ise anayasal bir devlettir. Doktrinde, kanaatimizce aslında benzer nitelikte kavramlar olan ‘anayasal demokrasi’ ile ‘anayasal devletin’ birbiriyle çelişir nitelikte olduğunu belirten görüşler de bulunmaktadır. Buna göre, anayasanın en önemli fonksiyonu toplumsal yaşamı ilgilendiren bazı temel konuları önceden karara bağlamaktır. Durum böyle olunca da toplumun bu konulara ilişkin tasarrufta bulunma özgürlüğü ortadan kalkmakta ya da büyük ölçüde azalmaktadır. Anayasayı yapan güç odağı, bugünü ve geleceği bağlayan kararlar alarak bireyleri demokratik işleyiş sürecinden uzaklaştırmaktadır. Anayasanın bu niteliğinden dolayı demokrasi ile anayasal devlet

⁷ SANCAR, Mithat, “*Hukukun Oluşturulmasında İnsan Haklarının Rolü yada İnsan Hakları İle Pozitif Hukuk Arasındaki İlişki*”, İçinde: Devlet Aklı Kıskaçında Hukuk Devleti, Der.: Mithat Sancar, İletişim Yayınları, İstanbul 2000, s. 123.

⁸ Şiddet tekeli, şartlar ne olursa olsun fiziki şiddetin meşru bir şekilde uygulanmasını sadece devlete tanıyan normatif bir yetkidir ve bu yönüyle diğer şiddet türlerinden ayrılmaktadır. Şiddet tekeli, devlet iktidarının tezahür şekillerinden biri olan yürütme tarafından kullanılan bir yetki olarak genellikle kanunlarda düzenlenmiştir. Polisin görev ve yetkilerini düzenleyen kanunlar buna örnek olarak gösterilebilir. KLEIN, Eckart, “*Devletin Şiddet Tekeli*”, Çev.: Ali Emrah Bozbayındır, İçinde: Anayasa Teorisi, Lale Yayıncılık, Ed.: Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter, Çev.Ed.: İlyas Doğan, Ankara 2014, s. 646,655.

⁹ Sancar, (h), s. 123.

¹⁰ SANCAR, Mithat, “*İnsan Hakları Açısından 1982 Anayasası*”, İçinde: Devlet Aklı Kıskaçında Hukuk Devleti, Der.: Mithat Sancar, İletişim Yayınları, İstanbul 2000, s. 137-138.

¹¹ ERDOĞAN, Mustafa, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi Yayınları, 7.Baskı, Ankara 2005, s. 18.

arasında böylesine bir gerilim kaçınılmaz olup bu durum, anayasacılık düşüncesinin başlangıcından beri varlığını devam ettirmektedir.¹² Söz konusu bu gerilim özellikle devlet iktidarı konusunda daha belirgin bir nitelik kazanmaktadır. Anayasacılığın esasını, devlet iktidarının nasıl kullanıldığı temelinde onun sınırlanması oluştururken demokrasinin esasını, iktidarın kaynağının nereden geldiği ve nasıl el değiştirdiği ile ilgili konular oluşturmaktadır.

Diğer taraftan demokrasi klasik olarak halka ait egemenliğin halk tarafından yetkilendirilmiş bir iktidar tarafından mutlak bir şekilde ve hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın kullanılması olarak tanımlanmaktadır. Bu yönüyle anayasacılık ile demokrasi arasında, çoğunluk karşıtı olma bakımından bir benzerlik olmadığı gibi bir gerilim ve buna bağlı bir çatışmanın olması ihtimali de yüksektir.¹³ Bu nedenlerle sınırlandırılmış demokratik devlet düşüncesi kendi içinde bir çelişki barındırmaktadır.¹⁴

Bu görüşlere rağmen, her iki kavramın da aynı amaca hizmet ettiği belirtilebilir. Şöyle ki, anayasalar anayasal devlet adı verilen düzenlerde, siyasal iktidara sahip olanların bu güçlerini iktidar sahibi olmayanların aleyhine kullanma olasılığına karşı bir güvence olup bu yönüyle bireylere yönelik hukuksal bir koruma fonksiyonunu yerine getirmektedirler.¹⁵ Diğer taraftan demokrasilerin temel özelliklerinden birisi; devlet iktidarından kaynaklı yetkileri kullananların aynı zamanda bu yetkilerin muhatabı olan halka karşı sorumlu olması sağlanarak keyfi, sınırları olmayan bir iktidarın varlığının önlenmesidir. Demokrasi, devleti kimin yönettiği veya yönetmesi gerektiği, iktidarın hangi kurallara göre el değiştirmesi, kaynağı gibi hususların dışında; aynı zamanda devlet-toplum ilişkilerinde ve

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. SANCAR, Mithat, “*Anayasal Demokrasi: Demokrasinin Sınırı mı, Güvencesi mi?*”, İçinde: Demokrasi ve Yargı, Ed: Ozan Ergül, TBBY, Ankara 2005, s. 45.

¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. ROSENFELD, Michel, “*Hukuk Devleti ve Anayasal Demokrasinin Meşruiyeti*”, Çev.: Ali Rıza Çoban, İçinde: Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasal Bir İdeal, Adres Yayınları, Ed: Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/Adnan Küçük, Ankara 2008, s. 212.

¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. CANİKLİOĞLU DİKMEN, Meltem, *Anayasal Devlette Meşruiyet*, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 78.

¹⁵ GÖNENÇ, Levent, “*Siyasal İktidar Kavramı Bağlamında Anayasa Çalışmaları İçin Bir Kavramsal Çerçeve Önerisi*”, AÜHFD, C.56, Sy.1, 2007, s. 155.

özellikle de devletin egemenlik yetkisinden kaynaklı faaliyetlerinde başvurmuş olduğu yol ve yöntemlerin niteliğini de belirlemektedir.¹⁶

Demokrasinin varlığı da her şeyden önce hukuksal açıdan güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerin varlığına bağlıdır. Başta insan haklarının garanti altına alınması olmak üzere çoğulculuk, temsil gibi hususlar biçimsel bir demokrasinin en temel unsurlarını oluşturmaktadır.¹⁷ Halk iradesinin gerçek bir şekilde ortaya çıkabilmesi ancak farklı görüşlerin özgür bir biçimde ifade edilip tartışılmasına bağlıdır. Bu da beraberinde azınlık haklarının çoğunluğa, özellikle de siyasal iktidara karşı korunmasını gerektirmektedir. Demokrasilerde karar alma sürecinde aslında bir tür zorunluluktan kaynaklanan ‘çoğunluğun yönetme hakkı’ zamanla amaç durumuna gelmiş;¹⁸ çoğunluğun mutlak üstünlüğünü, yanılmazlığını ve hiçbir şekilde sorgulanamaz olduğunu varsayan bir demokrasi anlayışı gelişmiştir. Bu demokrasi tipi ‘çoğunlukçu’ olarak ifade edilmektedir. Böylesine bir rejimde, çoğunluk iradesini sınırlayacak; azınlığı, çoğunluk karşısında koruyup güvence altına alacak tedbir ve kurumlara yer verilmeyecek, hatta bunlar bir bakıma tehlikeli sayılacaktır. İşte bütün bu sakıncaları ortadan kaldırmak üzere ‘çoğulcu demokrasi’ adı verilen bir demokrasi anlayışı ortaya çıkmıştır.¹⁹

Bu anlayışta, çoğunluğun yönetme hakkı var olmaya devam edecek; toplumsal yaşamı ilgilendiren bütün kararlar yine yasama organı tarafından alınacaktır. Ancak bütün bunlar sınırsız olmayıp diğer devlet organ ve fonksiyonlarına karşı üstünlükleri başta azınlık haklarını güvence altına almış bir anayasa olmak üzere hukuk tarafından belirlenen çerçevede olacaktır. Başka bir ifadeyle, tercihini çoğunluğun tersi yönünde kullanmış azınlığı, iktidarın olası baskı ve keyfiliğine karşı koruyup iktidarı sınırlayan anayasal bir güvence ortaya çıkmış

¹⁶ CANİKLİOĞLU, Meltem, “*Çağdaş Demokrasi ve Çağdaş Devlet Üzerine Düşünceler*”, İçinde: Prof. Dr. Seyfullah EDİS’e Armağan, DEÜHFY, İzmir 2000, s. 97.

¹⁷ Caniklioğlu, 2000, s. 97.

¹⁸ HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, “*Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışı, Rousseau ve Türk Anayasaları Üzerindeki Etkisi*”, AÜHFD, C.52, Sy.4, 2003, s. 72.

¹⁹ Kuramsal düzeyde çoğulculuk, hiçbir düşüncenin ayrıcalıklı ve üstün olmaması; her düşüncenin özgürce ifade edilip bu doğrultuda örgütlenebilmesi ve böylelikle de iktidara gelebilme hakkının fiilen var olması yaklaşımıdır. Başka bir ifadeyle her düşünce içerik, açıklanma ve örgütlenme hakkı bakımından özgürdür. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KAYAÇAĞLAYAN, Metin, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında ‘Demokrasi’ Kavramı*”, İçinde: Zabunoğlu Armağanı, AÜHFY, Ankara 2011, s. 443; Benzer yöndeki görüşler için bkz. YAVUZ, Bülent, “*Çoğulcu Demokrasi Anlayışı ve İnsan Hakları*”, GÜHFD, C.XIII, Sy.1-2, 2009, s. 288-292.

olacaktır.²⁰ Dolayısıyla toplumsal yaşamda çoğunluğun mutlak üstünlüğü ile çoğunluğun yönetme hakkı birbirlerinden farklı kavramlar olarak varlıklarını devam ettireceklerdir. Bu nedenlerden dolayı anayasal demokrasi ile çoğunlukçu demokrasi birbiriyle bağdaşması mümkün olmayan iki zıt demokrasi anlayışını ifade etmektedir.

Çeşitli fren ve denge mekanizmalarını ön plana çıkaran, böylelikle siyasi iktidarı bölümlere ayıran demokrasi anlayışı, temel hak ve özgürlükleri çoğunluğun etki alanı dışına taşımaktadır. Anayasal demokrasi; anılan nitelikteki bir toplumsal ve siyasi yapıyı ortaya koyan hukuk sisteminin kurumsallaşması, buna olan “*demokratik talebin süreklilik kazanmasıdır*”.²¹ Anayasacılık da zaten bazı durumlarda iktidar olmaktan kaynaklanan yetkilerin çeşitli organlar arasında bölünmesi olarak algılanmaktadır. Anayasal devletlerde siyasi iktidar, yasama, yürütme ve yargı organları tarafından birlikte kullanılmaktadır. Bir ırmağın kollara ayrılması durumunda yıkıcı etkisinin azalması örneğinde olduğu gibi siyasi iktidar da devlet organları tarafından paylaşıp kamusal güç farklı odaklar tarafından kullanıldığında iktidarın mutlak olma niteliği de o ölçüde azalmaktadır.²²

Diğer taraftan anayasal devlet bağlamında anayasacılık, devlet gücünün bireyler aleyhine kullanılması olasılığına karşı bir takım koruma mekanizmalarını öngördüğü kadar, siyasi kararları alanlar üzerinde halkın denetimini sağlamayı da amaçlamaktadır. İşte bu husus, anayasacılığın demokrasi ile ortak noktalarından birini oluşturmaktadır. Şöyle ki; bireyler, özellikle de vatandaşlar; kimin, hangi nitelikte siyasi kararlar alacağını belirlemekle bir bakıma bu kararları daha başlangıçta çeşitli yollarla etkileyip değiştirmiş de olmaktadır.²³ Bu amaçla her demokratik devletin başta düşünce ve basın özgürlüğü, örgütlenme ve muhalefet özgürlüğü olmak üzere tanınması gereken çeşitli temel hak ve özgürlükler

²⁰ Caniklioğlu, 2000, s.100; Söz konusu nitelikte böylesine bir anayasada, temel hak ve özgürlüklerin yer alması dışında, bunlara ilişkin sınırlamanın ancak kanunla yapılması ve kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminin de düzenlenmiş olması gerekir. Demokrasi tipleri konusundaki ayrıntılı bilgi için bkz. TUNÇ, Hasan, “*Demokrasi Türleri ve Müzakereci Demokrasi Kavramı*”, GÜHFY, C.XII, Sy.1-2, 2008, s. 1119.

²¹ ÇAĞLAR, Bakır, “*Hukukla Kavranan Demokrasi ya da Anayasal Demokrasi*”, AYD, Sy.10, 1993, s. 248.

²² Gönenç, 2007, s. 156.

²³ Erdoğan, 2005 (a), s. 26.

bulunmaktadır.²⁴ Böylelikle devlet gücünün keyfi ve kontrolsüz olması da engellenmiş olmaktadır.

Sonuç olarak şunu belirtmek gerekir ki, birey-devlet ilişkilerinde bireyi koruyup onun temel hak ve özgürlüklerine saygı gösteren, ancak seçimle değiştirilemeyen bir iktidar ne kadar zararlıysa; seçimle işbaşına gelen, ancak kendisini seçen çoğunluğa güvenerek tercihini farklı yönde kullanmış olanları yok sayarak azınlıkta kalanların hak ve özgürlüklerini çiğneyen bir iktidar da o kadar zararlıdır.²⁵ Bu durumda temel hak ve özgürlükler bakımından ideal bir rejimde, anayasal devlet ve demokratik devlet kurumlarının bir arada ve karşılıklı işbirliği içinde var olmaları gerekir.²⁶

I. ANAYASAL DEVLET KAVRAMLARI: SINIRLI İKTİDAR ve ANAYASACILIK

Anayasal devletin temel kavramları, sınırlı iktidar ve anayasacılık olmakla birlikte, anayasa da söz konusu düşünceye ait kavramlardan biri olup²⁷ devletin hukuksal temel düzenini teşkil etmektedir.²⁸ Anayasa, bu yönüyle en büyük hukuksal güç niteliğini kazanmakta,²⁹ hukukun siyasi üstünlüğünü gerçekleştirip sağlamlaştırmaktadır.³⁰ Ayrıca, siyasi alanda ortaya çıkan uyuşmazlıkları hukuksal

²⁴ SUNAY, Reyhan, “*Siyasal Demokrasi ve Anayasamız*”, İçinde: Prof. Dr. Halil CİN’e Armağan, SÜHFY, Konya 2005, s. 262.

²⁵ Gönenç, 2007, s. 157.

²⁶ Doktrinde, siyasi, iktisadi ve özgürlükler alanında belli bir gelişmişlik seviyesine ulaşıldıktan sonra anayasal devlet ile anayasal demokrasinin karşılıklı olarak birbirlerini gerektirdikleri belirtilmektedir. HERDEGEN, Matthias, “*Anayasal Düzenin Uluslararasılaşması*”, Çev.: Gökhan Güneysu, İçinde: Anayasa Teorisi, Lale Yayıncılık, Ed.:Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter, Çev.Ed.:İlyas Doğan, Ankara 2014, s. 298.

²⁷ ERDEM, Fazıl Hüsnü, “*1982 Anayasasında İnsan Hakları ve Hukuk Devleti: Eleştirel Bir Bakış*”, YTD, Sy.21, 1998, s. 625.

²⁸ GÖREN, Zafer, Anayasa Hukukuna Giriş, DÜHFY, İzmir 1997, s. 1.

²⁹ KRİCHHOF, Paul, “*Anayasa Kültürü ve Kavramı*”, Çev.:Nedim Meriç , İçinde: Anayasa Teorisi, Lale Yayıncılık, Ed.:Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter, Çev.Ed.: İlyas Doğan, Ankara 2014, s. 90.

³⁰ DEPENHEUER, Otto, “*Anayasanın İşlevleri*”, Çev.: Mısra Tan, İçinde: Anayasa Teorisi, Lale Yayıncılık, Ed.:Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter, Çev.Ed.: İlyas Doğan, Ankara 2014, s. 562.

bir bakış açısı ve yöntemlere göre çözebilme amacı çerçevesinde³¹ hukuk ve siyaseti birbirinden ayırarak³² özgürlükler bakımından bir güvence oluşturmaktadır.

Aslında anayasalar sınırlı kamu gücü düşüncesini hayata geçirmek üzere ortaya çıkmışlardır.³³ Bu husus, bütün anayasaların ortak özelliği olup değişen sınırlamanın doğası ve derecesidir.³⁴ Bazen anayasalar, yürütmeyi veya yerel yönetimleri sınırlamakta; bazen anayasa değişiklikleri ve kanunların, belirli konularda, belirli biçimde, belirli etkiler yaratabilecek şekilde yapılmasını yasaklayarak yasamayı³⁵ bazen de hak ve özgürlüklere ilişkin aşılması mümkün olmayan temel ilkeleri belirleyerek yargıyı sınırlamaktadır. Böylelikle anayasa; bütün devletler için kamu gücünün nereye kadar ve nasıl kullanılabileceğinin sınırını tayin etmekte; bu gücü kullananlara belirlenen hukuksal çerçeve içinde hareket etme yetki, gücü ve en önemlisi sorumluluğu getirmektedir.³⁶ Başka bir ifadeyle anayasa, devletin statüsünü belirlerken aynı zamanda onu etkin ve düzenli olarak sınırlamaktadır.³⁷

Devlet iktidarının sınırlanması düşüncesi çok eski çağlara kadar gitmektedir. Anayasal devlette yeni ve farklı olan husus; sınırlamanın amacıdır. Sınırlama tek başına ulaşılması gereken bir amaç değildir. Önemli olan; anayasada, sınırlamanın özgürlükler yararına olmasını sağlayacak temel ilke ve kurumların somut bir şekilde belirlenmesi; devletin, anılan amacı sağlayacak nitelikte hukuk kuralları içeren, üstün bir bağlayıcı güce sahip anayasa ile çerçevelenmesidir.³⁸ Bu nedenlerle herhangi bir devletin anayasaya sahip olması tek başına onun anayasal bir devlet olduğuna dair bir karine teşkil etmemekte, ‘anayasal devlet’le ‘anayasalı devlet’

³¹WALDHOFF, Christian, "*Anayasa Kanununun Meydana Gelişi*", Çev.: Bilge Buz Aras, İçinde: Anayasa Teorisi, Lale Yayıncılık, Ed.:Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter, Çev.Ed.: İlyas Doğan, Ankara 2014, s. 306.

³²ROELLECKE, Gerd, "*Anayasa Teorisinin Gözlemi*", Çev.: Atilla Erkal, İçinde: Anayasa Teorisi, Lale Yayıncılık, Ed.:Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter, Çev.Ed.: İlyas Doğan, Ankara 2014, s. 75.

³³ Erdoğan, 2005 (a), s. 8.

³⁴Aksi yönde görüş için bkz. TURHAN, Mehmet, "*Anayasa Mahkemesi ve Hak ve Özgürlükler*", İçinde: Zabunoğlu Armağanı, AÜHFY, Ankara 2011, s. 742.

³⁵ WHEARE, K.C, Modern Anayasalar, Çev.: Mehmet Turhan, Değişim Yayınları, İstanbul 1984, s. 6.

³⁶ ATAY, Ender Ethem, "*Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki*", GÜHFD, C.XII, Sy.1-2, 2008, s. 506-507.

³⁷ TURHAN, Mehmet, "*Anayasa ve Anayasacılık*", AİD, C.27, Sy.3, 1994, s. 6.

³⁸ SANCAR, Mithat, "*Hukuk Devleti: Kavramsal Bir Çerçeve*", İçinde: Devlet Akli Kıskaçında Hukuk Devleti, Der.: Mithat Sancar, İletişim Yayınları, İstanbul 2000, s. 34.

kavramları farklı anlam ve içerikleri taşımaktadır. Anayasa kavramı bu şekilde belirtildikten sonra aşağıda, sınırlı iktidar ve anayasacılık temel kavramları incelenecektir.

A. SINIRLI İKTİDAR

Gerek geçmiş dönemlerde gerekse günümüzde devlet iktidarının, buna bağlı olarak da devlet kudretinin sınırlanması, tüm dünyada teknolojinin gelişmesiyle ortaya çıkan büyük güç potansiyeli ile birlikte düşünüldüğünde³⁹ hem siyasal bilimin hem de kamu hukukunun en önemli konularından birini teşkil etmektedir. Yöneten-yönetilen ilişkisi, genel olarak kanun ve uygulama ilişkisi biçiminde karşımıza çıkmaktadır. Bu ilişkiyi ifade etmek için önceleri siyasal iktidar kavramı kullanılmakta iken bir süre sonra modern çağın bir kavramı olan egemenlik kullanılmaya başlamıştır. Bir siyasal iktidar tipi olarak anlaşılan devlet, aslında kurumsal hale gelmiş bir çeşit siyasal iktidarın bizatihi kendisidir.⁴⁰ Doktrindeki ifadeyle modern devlet, ‘kurumsallaşmış siyasal iktidar tipi’⁴¹ olup herşeyden önce siyasal iktidar alanı içinde yer alan bir olgu⁴², onun doğal bir parçasıdır. Siyasal iktidarın kurumsallaşma sürecinin en ağır ve modern açılımıdır.⁴³ Bu nedenle bu çalışmada siyasal iktidarın tipik bir modeli olarak⁴⁴ devlet iktidarı kullanılması tercih edilecektir. Özetle belirtmek gerekirse devlet-siyasal iktidarın sınırlanması kavramı sınırlı devlet olarak anlaşılmalıdır.⁴⁵

³⁹ Caniklioğlu, 2010, s. 81.

⁴⁰ ŞAHİN, Adil, “Siyasal Düşünceler Tarihinde “Sınırlı Devlet” Fikrinin Kadimliği ya da Genel Kamu Hukuku Bağlamında İnsan, Özgürlük ve Devlet İktidarı Arasındaki Evrilme”, GÜHFD, C. XV, Sy. 3, 2011, s. 338.

⁴¹ AKAL, Bali Cemal, ‘Bir Devlet Kuramı İçin Giriş’, İçinde: Devlet Kuramı, Der.: Cemal Bali Akal, Dost Kitapevi Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 14.

⁴² POGGİ, Gianfranco, Devlet: Doğası, Gelişimi ve Geleceği, Çev.: Aysun Babacan, İBÜY, İstanbul 2007, s. 24.

⁴³ SAYGILI, Abdurrahman, Kutsallık ile Rasyonellik Sarkacında DEVLET, İmaj Yayınevi, Ankara 2014, s. 14.

⁴⁴ Saygılı, 2014, s. 14.

⁴⁵ Şahin, 2011, s. 312.

Doktrinde, sınırlı iktidar düşüncesi ile iktidar kavramının eş zamanlı olarak ortaya çıkmış olduğu belirtilmektedir.⁴⁶ Buna göre, tarihin her döneminde, toplumu yönetenlerin yetkisi, ‘sınırlı’ olarak anlaşılmıştır.⁴⁷ Siyasal toplumda iktidarın bir olgu olarak ortaya çıkmasına paralel olarak insanoğlu ve kazanımlarını korumak, en önemli uğraş alanlarından biri olmuştur.⁴⁸ En katı mutlakîyet sistemini savunan düşünürler bile, devlet iktidarının hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın faaliyette bulunmasına sıcak bakmamışlardır. Benzer şekilde, iktidarın kaynağını gökyüzüne dayandıranlar da iktidarın kendisinin değil ama yeryüzündeki tezahür şekli olan icrasının bir sınırı olabileceğini ifade etmişlerdir.⁴⁹

Devlet iktidarının buna bağlı olarak da kamusal nitelikte yetki kullananların keyfi eylem ve işlemlerini engelleme amacını taşıyan iktidarın sınırlanması olgusu toplumsal yaşamda temel hak ve özgürlükler bakımından büyük önem taşımaktadır. İktidarların doğasında sahip oldukları yetkinin kullanımında aşırıya kaçma potansiyeli bulunmaktadır.

Özgürlük temeli üzerinde yükselen devlet yönetimlerinde dahi, hukuk ve onu gereği gibi uygulayan dengeleyici kurumların varlığına rağmen, iktidar olmaktan kaynaklı yetki ile özgürlük arasında sürekli olarak yaşanan bir gerilim vardır.⁵⁰ Buna, insanın doğasında yer alan güçlü bir varlık olma isteği de eklendiğinde toplumsal yaşamda temel hak ve özgürlükler bakımından büyük tehlikelerin ortaya çıkması kaçınılmaz olmaktadır. Devlet ile bireylerin hak ve özgürlükleri iktidarın kullanımı sırasında sık sık karşı karşıya gelmektedir. Anayasal bir devlette bunlardan biri diğerine tercih edilemez. Aksi takdirde sınırsız bir özgürlük kaosu, sınırsız bir iktidar da keyfi bir yönetimin ve baskının ortaya çıkmasına neden olacaktır. Bu nedenle, iktidar ve özgürlüklerin kullanımı karşılıklı bir denge içinde olmalıdır. Elbette bunun için de özgürlük ve iktidar sınırlarının açık bir şekilde tayin ve tespitinin yapılması gerekmektedir.

⁴⁶ Bu yöndeki görüşler için bkz. OKANDAN, G Recai, Umumi Amme Hukuku, İÜHFY, İstanbul 1968, s. 795; SAVCI, Bahri, “*Siyasi İktidarı Hukukla Bağlama Çabasının Geçirdiği Seyir*”, AÜSBFD, C.XII, No:4, 1957, s. 65; GÜL, Cengiz, İktidarın Sınırlanması ve Hukuk Devleti, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 65.

Şahin, 2011, s. 313;

⁴⁷ Şahin, 2011, s. 313.

⁴⁸ Savcı, 1957, s. 65.

⁴⁹ Gül, 2010, s. 65.

⁵⁰ STRAUSS, Peter L, “*Amerikan (İdari) Devletinde Hukukun Üstünlüğü*”, İçinde: II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, Ankara 1993, s. 84.

İktidar yetkisini kullananların yetkilerinin önceden bilinebilir olmasının en önemli sonuçlarından biri; kamusal yetkiye dayanan faaliyetlerin bir sınırının olması ve buna bağlı olarak da keyfiliğin ortadan kalkmasıdır. Böyle bir sistemde yöneticiler ancak bir ilke ya da kanun çerçevesinde yetkilerini kullanarak hareket edebilecektir. Dolayısıyla bu kanun ya da ilke, yöneticilerin yetkilerini açıklığa kavuşturduğu ölçüde, onu kurala bağlayarak sınırlamış da olacaktır. Sınırlı devlet yada iktidarın sınırlanması kavramı ile aslında devlet iktidarını yada siyasal iktidarı kullananların yetkilerinin sınırlandırılması anlatılmak istenmektedir. Başka bir ifadeyle sınırlı iktidar, bu yetkiyi kullananların, kullandıkları bu yetkilerin açık ve tahdidi olarak önceden bilinebilir olması; bu yetkinin kullanım esaslarını belirleyen kanun yada ilkeye aykırı davrandıklarında ise sorumlu tutularak hesap verir konumda bulunmaları demektir.⁵¹

Diğer taraftan devlet iktidarının sınırlama amacı bireysel hak ve özgürlükler alanını onlar lehine genişletmek olduğundan söz konusu kavramla asıl olarak belirtilmek istenen; soyut bir varlık olan devlet iktidarının sınırlandırılması olmayıp devlet adına yetki kullananların sınırlandırılmasıdır. Çünkü söz konusu soyut varlık kendisini kullanma yetkisine sahip kişilerin eylem ve işlemleriyle özgürlükler bakımından somut bir görünüm kazanmaktadır.

Eskiçağ'dan Yeniçağ'a kadar siyasal iktidarın sınırlandırılmasıyla ilgili görüşler incelendiğinde, düşünürler tarafından konuyla ilgili çeşitli ölçütlerin dile getirildiği; bunlar içinde de en önemlisinin kanun olduğu görülmektedir. Kanun, genellikle 'temel kanun' olarak anılmıştır. İktidar yetkisini kullananlar yetkilerini; bir ilke, bir kural çerçevesinde kullanacaklardır. Herhangi bir kural/ilke bugünkü ifadesiyle anayasa olmaksızın bir toplumu yönetmek mümkün değildir.⁵²

Sınırlama konusunda kendisine en çok vurgu yapılan ikinci ölçüt ise 'kamu yararı'dır.⁵³ Bu ölçüt zaman zaman, genel yarar, ortak yarar, halkın yararı, toplumun çıkarı gibi kavramlarla da ifade edilmektedir. Buna göre, devlet iktidarını kullananların, gerçekleştirdikleri faaliyetlerde kişisel düşünce, menfaat ve öncelikler değil, toplumun yararı hareket noktasını oluşturmalıdır.

⁵¹ Şahin, 2011, s. 337.

⁵² Şahin, 2011, s. 349.

⁵³ Şahin, 2011, s. 349.

Sınırlamaya ilişkin diğer ölçütler incelendiğinde ise sırasıyla, doğal hukuk ve doğal haklar,⁵⁴ adalet kavramları dikkat çekmektedir. Hemen belirtilmelidir ki iktidarın sınırlanmasına ilişkin ölçütler içerisinde en etkili olan; daha öncesinde de vurgulandığı üzere yazılı kurallardır. Söz konusu bu kurallar ile iktidar, önceden sınırları çizilerek belirgin bir şekilde ortaya konulduğundan, bireylerin hak ve özgürlükleri daha etkin olarak güvenceye kavuşturulmuş olmaktadır.⁵⁵ Aslında modern devleti karakterize eden en önemli özellik; “*iktidar mevkiinin hukukla çerçevelenmiş olmasıdır.*”⁵⁶ Hukukla çerçevelenmiş iktidar olgusunda yer alan hukuk kavramı burjuvazi tarafından, farklı bir konum ve nitelikte değerlendirilerek ‘anayasacılık’ olarak ifade edilmiştir. Başka bir ifadeyle, çok eski zamanlardan itibaren sınırlı devlet kavramıyla ortaya çıkan düşünce, XVIII. yüzyıl ve sonrasında burjuvazi tarafından iktidarı çerçevelemesi gereken hukukun hem yazılı hem de üstün bir hukuk kuralı olması gerektiği şeklinde değerlendirilerek anayasacılık düşüncesine dönüşmüştür.⁵⁷

Başta, kanun koyucu olmak üzere iktidar yetkisi kullanan herkesi bağlayan, uyulması zorunlu bir devlet hukukunun varlığı⁵⁸ bizi ‘anayasal devlet’ kavramına ulaştırmaktadır.⁵⁹ Anayasal devlet, temel hak ve özgürlükler bakımından keyfi bir iktidara alternatif olmak üzere ortaya çıkmış olup, ancak çeşitli düzeylerde iktidar yetkisi kullananların istedikleri zaman ve oranda sınırlanabilen bir iktidarın tersine, temel hak ve özgürlükler temelinde biçimlenmiş anayasal nitelikte ilke ve kurallara göre sınırlanabilen bir iktidarı, devleti anlatmaktadır. Devlet, anayasası aracılığıyla; egemenlik yetkisi altında bulunan tüm eylem ve işlemlerin temeline kendi hukukunu yerleştirmiştir. Bu anayasa yürürlükte olduğu sürece, seçimlerle iş başına gelip halk adına iktidara sahip olanların görev ve yetki çerçevesi önceden belirlenmiştir. Anayasal devlette sınırlı iktidarı yaşama geçiren pozitif hukuku ise, anılan nitelikteki

⁵⁴ Söz konusu kavramlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BİX, H.Brian, “*Doğal Hukuk : Modern Gelenek*”, Çev.: Ertuğrul Uzun, DÜHFD, C.6, Sy.2, 2004, s. 291 vd.

⁵⁵ Şahin, 2011, s. 350.

⁵⁶ Savcı, 1957, s. 65.

⁵⁷ Burjuvazi, sınıfsal çıkarlarını korumanın en etkin yolunun; siyasal iktidarın sınırlanması olduğunu keşfetmiştir. Burjuvaziye göre, bunu sağlamanın en önemli aracı; normlar hiyerarşisinin en tepesinde olan ve kolay kolay değiştirilemeyen, adına anayasa denen hukuki bir belgedir. Şahin, 2011, s.350.

⁵⁸ Benzer görüş için bkz. Turhan, 2011 (b), s. 742.

⁵⁹ Caniklioğlu, 2010, s. 86.

bir anayasa ve anayasanın üstünlüğü ilkesi çerçevesinde bu anayasaya uygun olması sağlanarak çıkarılmış olan kanunlar oluşturmaktadır.⁶⁰

Kanaatimizce, devlet iktidarının bu şekilde hukuksal bir çerçeve içine alınması aslında onun sınırlandırılması yanında kurumsal bir kimlik kazanmasını da sağlamıştır. Dolayısıyla anayasal devlet; kurumsal kimliği, içeriğini çağdaş ve evrensel değerlerin meydana getirdiği hukuk olan bir devlettir. Söz konusu bu kurumsal kimlik içinde üst kimliği anayasa, alt kimlikleri ise bu anayasaya uygun olarak ihdas edilmiş olan kanun ve diğer düzenleyici işlemler oluşturmaktadır.

B. ANAYASACILIK

Anayasacılık her ne kadar XVIII. yüzyılda ortaya çıkmış olsa da doktrinde, düşünsel temellerinin Antik döneme kadar gittiğini belirten görüşler bulunmaktadır.⁶¹ Buna göre, anayasacılık düşüncesi bireylerin sorumlu ve bağımsız kabul edilmeleri temelinde şekillenen kültürel bir gelişim ve değişim sürecini anlatmaktadır.⁶² Şöyle ki, anayasal düşünce Platon, Aristo, Polybius ve diğerlerinin yanı sıra zamanla bir şekilde ispatlandığı gibi Eski Yunan ve Romalılar arasında geliştirilmiştir.⁶³ Platon, insanların hak ve özgürlüklerini koruyup bunu sürdürecektir bir sistem kurmayı hükümetin en temel görevi olarak değerlendirmiştir. Ona göre devletlerin çöküşünün temel nedeni, devlet iktidarının sınırları hukuk tarafından belirlenmiş olan çerçeveden uzaklaşarak keyfi ve kontrolsüz bir yönetime dönüşmesidir. Öncesinde, ‘yasaya bağlı devlet’, ‘doğal hukuk’ kavramları ile şekillenmeye başlayan anayasacılık düşüncesi, Rönesans, Reform ve bunlara bağlı olarak Aydınlanma Hareketi ile büyük bir aşama kaydetmiştir.⁶⁴

⁶⁰ Caniklioğlu, 2010, s. 86.

⁶¹ Bu yöndeki görüşler için bkz. STARCK, Christian, “*Anayasal Demokrasi ve Sınırlı Yönetim*”, Çev.: Gülüm Bayraktaroğlu, İçinde: Demokrasi ve Yargı, Ed: Ozan Ergül, TBBY, Ankara 2005, s. 25; REYNOLDS, B. Noel, “*Constitutionalism and the Rule of Law*”, içinde: Constitutionalism and Rights, Ed.: Gary C. Bryner/ Noel B Reynolds, 1986, s. 83; GÖNENÇ, Levent, “*Siyaset Bilimi ve Anayasalar*”, AÜSBFD, Sy.54-3, 1999, s.104.

⁶² Starck, 2005, s. 25.

⁶³ Reynolds, 1986, s. 83.

⁶⁴ Gönenç, 1999, s.104.

Gerçekten de Locke, Montesquieu gibi Avrupalı düşünürler, devleti ve faaliyetlerini çerçeveleyen rasyonel ve sürekli nitelikte olan kuralları var ederek, bireysel özgürlükleri korumayı amaçlamışlar,⁶⁵ İlk ve Ortaçağda ortaya çıkan teorik ve pratik birikimi bir doktrin haline getirmeyi başarmışlardır. Locke ve Montesquieu, her ne kadar farklı noktalardan yola çıkmışlarsa da sonuçta ikisi de anayasacılık düşüncesine ulaşmışlardır.⁶⁶ Locke'un anayasacılık anlayışının temelini sınırlı iktidar kavramı oluşturup sosyal sözleşme, onun düşüncesinde çok önemli bir konumda bulunmaktadır. Sözleşme, devlet iktidarını kullananların bu yetkilerini bireylerin hak ve özgürlükleri lehine sınırlayan, dolayısıyla da yöneticilerin faaliyetlerinin içinde kalması gereken hukuksal çerçeveyi belirleyen önemli bir araçtır. Locke bu hususu şöyle ifade etmektedir:⁶⁷ " *Siyasal iktidarı ben, mülkiyeti düzenlemek ve korumak için ölüm cezası dâhil diğer bütün daha hafif cezaları da içeren yasa yapma hakkı ve toplumun gücünü, bu yasaların uygulanması ve devletin dışarıdan gelecek zararlara karşı savunulması yönünde kullanma hakkı olarak alıyorum. Elbette ki bütün bunlar sadece kamu yararı için yapılmış olmalıdır.*" Görüldüğü gibi sözleşme ile cezalandırma hakkını devreden bireyler üzerinde iktidarın kullanacağı yetkilerin sınırını, bireylerin mülkiyet üst başlığı altında ifade edilen hakları temelinde şekillenmiş olan kamu yararı oluşturmaktadır. Montesquieu'nun anayasacılığının temelini ise iktidar olmaktan kaynaklanan kamusal yetkilerin farklı organlar arasında paylaşılması oluşturmaktadır.⁶⁸

Böylece XVIII. yüzyılda, Amerikan ve Fransız devrimleri öncesinde, Locke ve Montesquieu tarafından değişik açılardan ele alınarak temelleri atılan ve günümüzde de büyük ölçüde geçerliliğini sürdüren anayasacılık düşüncesine, başka bir ifadeyle sınırlı ve bölünmüş iktidar fikrine ulaşılmıştır.⁶⁹ Söz konusu iki büyük devrimle de anayasacılık düşüncesi zirveye ulaşmıştır.⁷⁰

⁶⁵ STERN, Klaus, " *Küresel Anayasacılık Hareketleri ve Yeni Anayasalar*", İçinde: Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, Ankara 2001, s. 46.

⁶⁶ Gönenç, 1999, s.105.

⁶⁷ LOCKE, John, *Hükümet Üzerine İkinci İnceleme*, Çev.: Fahri Bakırcı, Babil Yayınları, Ankara 2004, s. 3.

⁶⁸ MONTESQUIEU, *Kanunların Ruhu Üzerine I*, Çev.: Fehmi Baldaş, Toplumsal Dönüşüm Yayınları, İstanbul 1998, s. 234.

⁶⁹ Bu yöndeki görüşler için bkz. SOLTAN, Karol Edward, " *Generic Constitutionalism*", İçinde: *A New Constitutionalism, Design Political Institutions for a Good Society*, Ed.: Stephen L. Elkin/Karol Edward Soltan, The University of Chicago Press, Chicago-London 1993, s. 75; Gönenç, 1999, s. 105.

⁷⁰ Soltan, 1993, s. 75.

Doktrinde, anayasacılığın modern çağda siyasal iktidarın bireyin özgürlükleri lehine sınırlandırılmasını sağlayacak bir kurumsal düzenleme arayışı beraberinde gelişen doğal hukuk ve sosyal sözleşme teorileriyle birlikte ortaya çıktığı belirtilmektedir.⁷¹ Buna göre, bireyin kutsallığı, doğal hukuk ve doğal haklar geleneği var olan meşruiyet anlayışını değiştirerek yeni bir anlayış ortaya koymuş; bu da anayasacılığı şekillendiren en etkili güç olmuştur.⁷² 1776 tarihli Virginia Haklar Bildirgesi, daha sonraları pek çok anayasada vazgeçilmesinin mümkün olmadığı belirtilecek olan hakların net bir şekilde ifadesi ile başlamaktadır⁷³: “*Tüm insanlar doğa gereği eşit bir şekilde özgürdür ve doğuştan gelen bir topluma mensup olduklarında hiçbir baskı nedeniyle geleceklerinden; yani mülk edinme ve sahip olma ve mutluluk ve güvenliği kovalama ve edinme yoluyla hayat ve özgürlükten mahrum kalamayacakları haklara sahiptir.*” Bildirilerde, gerek hükümet oluşturulurken gerekse bundan kaynaklı yetkiler kullanılırken doğal yasalara ve haklara uygun davranılması⁷⁴ düşüncesi öne çıkarılmıştır.

Anayasacılığın çıkış noktası gücün yozlaşması ihtimaline karşı kurumsal bir çözüm geliştirme temeline dayanmaktadır. Lord Acton’un, “*güç yozlaştırır, mutlak güç ise mutlaka yozlaştırır*” sözü anayasacılık düşüncesini net bir şekilde ifade etmektedir. Siyasal iktidarın doğasından kaynaklanan bu durum beraberinde bireylerin hak ve özgürlükleri bakımından iktidarın sınırlandırılmasının ne kadar önemli olduğu gerçeğini de ortaya koymaktadır. Kişisel çıkar, gücün kötüye kullanılma potansiyeli ve insan onurunun dokunulmazlığı inancı anayasal düşüncüyü pek çok düzeyde şekillendirmiştir.⁷⁵ 1948 tarihli İHEB’de herkesin hem haklara hem de insan onuruna saygıyla donatıldığından bahsedilmesi bir tesadüf değildir.⁷⁶

⁷¹ Erdoğan, 2005 (a), s. 10.

⁷² ELKİN, L. Stephen, “*Constitutionalism: Old and New*”, içinde: A New Constitutionalism, Design Political Institutions for a Good Society, Ed.:Stephen L. Elkin/Karol Edward Soltan, The University of Chicago Press, Chicago-London 1993, s. 21.

⁷³ Bkz. <http://www.dusuncetarihi.com/makale/virginia-insan-haklari-bildirisi-1776>, e.t: 21/12/2014

⁷⁴ BREYNER C. Gary, “*Constitutionalism and the Politics of Rights*”,

İçinde: Constitutionalism and Rights, Ed.:Gary C. Bryner/ Noel B Reynolds, 1996, s. 13.

⁷⁵ Reynolds, s.90; TURHAN, Mehmet, Anayasal Devlet, Naturel Yayınları, 4.Baskı, Ankara 2005, s. 74.

⁷⁶ HOWARD, A.E Dick, “*The Essence of Constitutionalism*”, içinde: Constitutionalism and Human Rights: America, Poland, and France, Ed.: Kenneth W Thompson/Rett R. Ludwikowski, Universty Press of America, London 1991, s. 23.

XVI. yüzyılın sonlarından itibaren çeşitli şekillerde ortaya çıkan günümüzde bilinen adıyla ulus devletler, rasyonel bir siyasal toplumu geliştirmek, özellikle de yukarıda ifade edilen gerekliliği yerine getirmek; devlet iktidarının kullanılmasına hukuksal dayanak oluşturmak amaçlarına ulaşabilmek için bir takım temel ilke ve kurallar arayışına girmişlerdir. Aristoteles'in 'politeia' ve 'constitutio' kavramları üzerinde yapılan tartışmalardan sonra, anayasal otoritenin meşru kıldığı yazılı bir anayasa anlamına gelen 'constitution' terimi üzerinde uzlaşmıştır.⁷⁷ Anayasacılık düşüncesi her şeyden önce bir anayasaya temelinde yükselmektedir. Günümüzdeki anlamıyla, normlar hiyerarşisinde kanunların üzerinde yer alan ve değiştirilebilmesi kanunlardan daha zor usul ve esas şartlarına tabi olan ve adına anayasa denen en üstün bir normun varlığı anayasacılığın en temel gereklerindendir. Anayasa düşüncesi evrensel nitelikte olup endüstriden çok daha önce dünya üzerinde yayılmıştır. Alman Filozof Kant onun, "karşı konulamaz bir düşünce" olduğunu söylemiştir. Modern anayasanın bugün de geçerliliğini sürdüren ilk tanımını yapmış olan Vattel; tüm ulusun sınırları içinde hareket etmeyi taahhüt ettiği hukuksal bir çerçeve olarak Anayasanın, hem kamu gücünün nasıl kullanılacağını belirleyen temel bir sistem hem de yönetilenlerin hak ve yükümlülüklerini belirten bir belge olduğunu belirtmektedir. Bu çerçeve; yalnızca kamu gücünün bir örgütlenme şeması olmayıp, bireylerin devlet karşısındaki temel haklarını da kapsamaktadır.⁷⁸ Başka bir ifadeyle anayasa; bir haklar beyannamesidir. Gerek Fransa'da gerekse ABD'de devrimler sonrası ortaya çıkan anayasalarda bu hakların var olduğu, devlet örgütlenmesine ilişkin kurallardan bile daha önce ilan edilmiştir. 1776'da kabul edilen Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi ile Virginia Haklar Bildirgesi'nde yer alan temel haklar, anayasaların devletin örgütsel yapısına ilişkin düzenlemelerinden daha önceye ortaya çıkmışlardır.⁷⁹ Kanaatimizce bu durum bize devletin, anayasa yapım sürecinde çok da bağımsız hareket etme imkânının olmadığını; söz konusu süreçte bireyin hak ve özgürlüklerini verili bir şekilde karşısında bulduğunu; örgütlenmesini bu veriyi dikkate alarak yapması gerektiğini ortaya koymaktadır.

Yukarıda da belirtildiği üzere anayasacılık, en net anlamıyla sınırlı devlet demektir. Devleti hukuksal bir çerçeve içine almak suretiyle sınırlayarak keyfi ve

⁷⁷ Stern, 2001, s. 45.

⁷⁸ Stern, 2001, s. 47.

⁷⁹ Stern, 2001, s. 47.

kontROLSÜZ bir yönetimin ortaya çıkmasını engellemek; temel amaçtır.⁸⁰ Gerek hukuk kuralları aracılığıyla devletin eylemlerinin öngörülebilir nitelikte olması gerektiği, gerekse bu kuralların herkese uygulanma gücüne sahip olduğu düşüncesi toplumda yerleştirilerek bireylere, devlet müdahalesi olmaksızın kendilerine tanınan hakları fiilen kullanma imkânı verilir.⁸¹ Böylelikle kamusal nitelikteki güç, bireylerin hak ve özgürlüklerine bir tehdit oluşturacak şekilde yoğunlaşmayacak; bireyler devletin “*hizmetkârı değil efendileri*” olacaktır.⁸²

Bireylerin ve özellikle de azınlıkların temel hakları çoğunluğa ve bu arada devlete karşı korunmalıdır. Anayasacılık genel olarak, devletin başta anayasa olmak üzere kanunla sınırlanması olsa da bu amacı hayata geçirmek amacıyla yapılan kanunların varlığı tek başına yeterli olmayıp, bunların ihlal edilip edilmediğini kontrol edip gözeten anayasal düzeyde dengeleyici mekanizmalar var olmalıdır. Aksi halde devlet iktidarından kaynaklanan kamusal yetkileri kullanma imkânına sahip görevlileri sınırlayan kanunların varlığı temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından hiçbir işe yaramayacaktır. Anayasada; devletin temel organlarının görev ve yetkileri, bireylerin özgürlükleri esas alınarak düzenlenmeli; hak ve özgürlükler belirlenmek suretiyle devlete karşı güvenceli hale getirilmeli; bu çerçevede bireyi ve haklarını koruyan denetim mekanizmalarına yer verilmelidir.

Hiçbir şekilde kamu gücünün müdahale edemeyeceği temel haklar ve bunların çekirdek alanları belirlenmelidir.⁸³ Hakların tanımlanması; kamusal yetkiye dayanan güce ve çoğunluğun imtiyazlarına sınırlama getirme, anayasacılığın temel amacıdır.⁸⁴ Bu anlamda anayasa yapmanın asıl amacı da belirtilen çerçevede olmak üzere devleti sınırlamak, devletin kurumsal kimliğini hukuk üzerinden inşa etmek; başta devlet iktidarını kullanan yöneticiler olmak üzere herkesin hukuka uymasını sağlamaktır.

Diğer taraftan devlet iktidarını sınırlamaya hizmet eden anayasa kuralları aynı zamanda ahlaki bir standart da ortaya koymalıdır.⁸⁵ Bu süreçte, başta anayasa olmak

⁸⁰ Erdoğan, 2005 (a), s. 14.

⁸¹ Breyner, 1996, s. 1.

⁸² Howard, 1991, s. 19.

⁸³ Breyner, 1996, s.15.

⁸⁴ Breyner, 1996, s. 23.

⁸⁵ Soltan, 1993, s. 84.

üzere tüm hukuk kurallarının, adalet⁸⁶ ilke ve değerlerine göre düzenlenip uygulanması gerekir.⁸⁷ Bu yönüyle, modern anayasa teorisi; hem olanı, hem de olması gerekeni inceleme konusu yapmaktadır. Bir taraftan mevcut anayasa ortaya konmakta, diğer taraftan da ‘iyi’ ve ‘adil’ bir anayasanın hangi niteliklere sahip olması gerektiği üzerinde durulmaktadır. Bu çerçevede anayasacılık; bir taraftan mevcut anayasayı pozitif hukukun en üst normu olarak görüp bunun nasıl yorumlanıp uygulandığı ile uğraşırken, diğer taraftan da olması gerekene; özellikle de ahlaki standartları içeren bir takım normatif ilkeler üzerinde yükselen ‘ideal anayasa’ düşüncesini ön plana çıkarmaktadır.⁸⁸ Bütün bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde anayasacılık ve dolayısıyla anayasal devlet; tamamlanmış ve bitmiş bir proje değildir. Tersine, değişen koşullara paralel olarak iktidarın etkin bir şekilde sınırlandırılmasına ilişkin yeni yöntem ve tekniklerin geliştirilmesine açık dinamik bir süreçtir.⁸⁹

Söz konusu bu durum, anayasacılığın doğasında var olan sınırlama ve yaratma olgularından yaratmaya, farklı bir içerik kazandıracak; onu ahlaki temellere dayalı bir toplum yaratma düşüncesine dönüştürecektir.⁹⁰ Ancak hemen belirtilmelidir ki, anayasacılığın da bir takım sınırları bulunmaktadır. Tek başına adil bir toplumu yaratamaz, olsa olsa adil bir toplumun temeli niteliğindeki ilke, emir ve kurumları oluşturabilir.⁹¹ Anayasacılığın ortaya koymuş olduğu güvencelerin amacı, toplumsal ve bireysel ilişkileri kamu gücü yoluyla düzenleyerek insanların neye ne kadar sahip olacaklarını belirlemek değildir. Bir anayasa, ancak insanların meşru nitelikteki düşüncelerini hayata geçirmeye dönük mekanizma veya imkânlarla işlerlik kazandıracak güvenceler getirebilir. Bu nedenle bireyler için sağlanmış birtakım anayasal garantilerin, onlara istemiş oldukları sonuçları fiilen sağlayamaması ayrı bir

⁸⁶ Adalet, kelime anlamı olarak adil olma tutumu demektir. Adil olma ise hakkı gözetme, haksızlık yapmama, herkese hakkını verme anlamlarına gelmektedir. Bu üç terimde ortak olan kavram; hak kavramıdır. Bunun ise iki anlamı bulunmaktadır. Birincisi doğruluk ve dürüstlüğü ifade etmektedir. O zamanda adalet; doğruluğu gösterme, doğruluktan ayrılmama anlamına gelmektedir. Bu durumda adaletin birinci buyruğu; herkesin başkaları ile olan ilişkilerinde doğru bir şekilde hareket etmesi ve başkalarına yanlış yapmamasıdır. Bu doğruluğun özünde ise herkesin insani değerlerini tanıma ve hiçbir zaman onlara araç muamelesi yapmama tutumu vardır. ERDOĞAN, Mustafa, Özgürlük Adalet ve Refah, Siyasal Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 1998, s. 154.

⁸⁷ Gül, 2010, s. 220.

⁸⁸ ARSLAN, Zühtü, “Anayasacılık”, İçinde: Anayasa Teorisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s.21.

⁸⁹ ERDEM, Fazıl Hüsnü, “1982 Anayasasının Serüveni”, HFSA, 15. Kitap, 2006, s. 30.

⁹⁰ Soltan, 1993, s. 75.

⁹¹ Howard, 1991, s. 25.

olgu olup normal olarak karşılanmalıdır.⁹² Bu noktada, anayasacılığın temel unsuru olan iktidarın denetlenmesi ile iktidarın etkin kullanımının, birbirinden ayrı kavramlar olduğu belirtilmelidir. Devlet iktidarının denetlenmesi ile onun etkin bir biçimde kullanılması arasında her zaman gözetilmesi gereken hassas bir denge vardır. Bu dengenin sürekli olarak iktidarın aleyhine bozulmasına neden olacak düzenlemeler içeren bir anayasa sonuçta hiçbir şey yapamayan güçsüz bir iktidara neden olacaktır. Oysaki bireylerin temel hak ve özgürlüklerine yönelik tehdit ve saldırılar iktidar dışında başka güç odaklarından da gelebileceği gibi⁹³ pozitif haklar olarak belirtilen hakların fiilen kullanılması da devletin pozitif nitelikte bir takım adımlar atmasına bağlıdır. Bütün bu hususlar birlikte düşünüldüğünde güçlü bir iktidarın varlığının ne kadar önemli olduğu anlaşılmaktadır.

Özetle belirtmek gerekirse, en geniş anlamıyla anayasacılık, devlet iktidarının sınırlanması amacını taşıyan başta her türlü düşünce olmak üzere araç, yöntem, kural ve kurumları içine alan bir kavramdır.⁹⁴ Bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla devlet iktidarının sınırlanması ve bölünmesine yönelik hukuki ve siyasal yöntemlerin bütünüdür.⁹⁵

Bu anlamda anayasacılık hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı ve insan hakları gibi üç temel ilkeye dayanmaktadır. Dar anlamda anayasacılık ise, tüm bu ifade edilen amaçları gerçekleştirmek için normlar hiyerarşisinin en tepesinde yer alan ve değişmesi kanunlara göre daha zor usul ve esaslara tabi olan ve anayasa olarak kavramlaştırılan bir üst normun varlığını gerekli gören düşünce; anayasal devleti gerçekleştirmenin temel projesidir. Hiçbir kurala tabi olamayan devlet yönetiminin tam tersine başta anayasasında belirlenmiş olan hukuki ve kurumsal mekanizmalar olmak üzere tüm hukuk düzeni aracılığıyla sınırlandırılmış devlettir.

Bu yönüyle her ‘anayasalı devlet’, ‘anayasal devlet’ demek değildir. Anayasal devlet; anayasanın, bireylerin dokunulmaz nitelikteki hak alanlarının korunmasını sağlamak üzere devlet iktidarı üzerinde etkili bir sınırlama fonksiyonunu yerine getirdiği; anayasası bu türden düzenlemeleri içeren devlettir.⁹⁶ Diğer taraftan;

⁹² Erdoğan, 2005 (a), s. 19.

⁹³ Gül, 2010, s. 223-222.

⁹⁴ Arslan, 2008 (b), s. 21.

⁹⁵ Gönenç, 1999, s. 98.

⁹⁶ Erdoğan, 2005 (a), s. 18.

anayasal devlet, aynı zamanda bir hukuk devleti olup bu nitelikteki devlete ait ilke ve kurumlarının fiilen işlerlik kazandığı devlettir. Anayasal devlet, her ülkede şartlara göre değişen farklı bir gelişim seyri izlemiş olmasına rağmen temelinde; kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti prensipleri vardır.⁹⁷ Hukuk devleti ise en sade ve net bir anlatımla; devlet iktidarının, özellikle bireysel hak ve özgürlükler doğrultusunda ve bunları hayata geçirmeyi sağlayacak bir şekilde sınırlanmasıdır.

Doktrinde hukuk devletinin amaçlarının gerçekleşmesi için anayasacılığı bir yöntem olarak gören düşünceler de bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle anayasacılık; hukuk devletini gerçekleştirmenin araçlarından bir tanesidir. Buna göre; devlet iktidarının sınırlanması düşüncesi çok eski çağlara kadar gitmektedir. Hukuk devleti de devlet iktidarının sınırlanması projesidir ancak hukuk devletinde yeni olan, söz konusu sınırlamanın amacıyla ilgilidir. Sınırlama kendi başına bir amaç olmayıp, özgürlük yararına ortaya konacak ilke ve kurumların somut bir içerik kazanarak hayata geçirilmesidir. Söz konusu amacı gerçekleştirmeye yönelik biçimsel önlemlerin başında da devletin üstün bir bağlayıcı güce sahip hukuk kuralları ile, yani anayasa ile çerçevelenmesi gelmektedir.⁹⁸ Anayasacılık, hukuk devleti idealinde somutlaşmaktadır.⁹⁹

Aslında her iki düşüncenin de amacı ortak olup devlet iktidarının bireylerin hak ve özgürlükleri temelinde sınırlanması en temel meseledir. Bu çalışmada hukuk devleti, anayasacılık düşüncesinin hayata geçme araçlarından biri olarak ele alınacaktır. Çünkü sınırlama olgusu ve bireysel özgürlükleri koruyup geliştirme amacı ancak ve ancak devlet iktidarından kaynaklanan gücün anayasal bir çerçeveye alınması ile gerçekleşebilir. Söz konusu anayasal çerçevede, başta devlet gücünün kötüye kullanılması olmak üzere bu gücün dengelenmesi amacıyla değişik yol ve yöntemler oluşturulur. Hukuk devleti ilkesi de bu yöntemlerin başında gelmektedir. Hukuk devleti ilkesinin bir taraftan bireyi, diğer taraftan da devleti ilgilendiren iki boyutu olup¹⁰⁰ devletin, toplumun hukuku ile bağlı kılınarak sınırlanması çerçevesinde ortaya çıkan düşüncenin bir takım unsurlarla gelişip değişerek pozitif

⁹⁷ Starck, 2005, s. 26; Soltan, 1993, s. 76, 88.

⁹⁸ Bu yöndeki görüşler için bkz. Sancar, 2000 (c), s. 34.

⁹⁹ ÇAĞLAYAN, Ramazan, “*Yargıçların Siyasal Tarafsızlığı: Yargıçlar Hükümeti Üzerine*”, İçinde: Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C.II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 1769.

¹⁰⁰ KESER, Hayri, Türk Anayasa Yargısında Hukuk Devleti İlkesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2005, s. 9.

nitelikli bir mekanizmaya ulaşmış şeklidir.¹⁰¹ Devletin hukuk çerçevesinde hareket etmesi sağlanarak iktidarının sınırlandırılması ve bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması hukuk devletinin temelini oluşturmaktadır. Hukuk devleti, devlet iktidarının kötüye kullanılma ihtimaline karşı alınmış özgürlükleri koruyacak tedbirlerin bütünüdür.¹⁰²

Diğer taraftan anayasacılık; aynı zamanda bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla devlet iktidarından kaynaklanan yetkilerin, çeşitli devlet organları arasında bölüştürülmesiyle de ilgilidir.¹⁰³ Anayasacılık; özgürlükler çerçevesinde, devlet iktidarını bölmek suretiyle kamusal yetkiye dayalı olarak yapılan eylem ve işlemlere etkin sınırlamalar getirmektedir. Kanun yapma gücü ile bunu uygulama gücü birbirinden ayrı olmalıdır. Böylelikle, kanun koyucuya kendi kanunlarını uygulamaya koymaması için bir sınırlama getirilmiş olmaktadır.¹⁰⁴ Montesquieu, kanun koyma ve bunu uygulama yetkisinin aynı kişi ya da yönetim kademelerinde toplanmış olmasının özgürlüğü ortadan kaldıracığını belirtmektedir.¹⁰⁵ Doktrinde, Amerikan anayasacılığının en önemli özelliğinin kuvvetler ayrılığına dayanması olduğu belirtilmektedir. Bunun klasik uygulaması ilk olarak 1787 Filedelfiya Anayasası'nda ortaya çıkmıştır.¹⁰⁶ Bu anlamda anayasacılığın temel kavramlarından biri egemenlik olmaktadır. Egemenliğin kullanım ve tezahür şekilleri olan, yasama, yürütme ve yargı organlarının birbirleri ile olan ilişkileri anayasacılığın klasik konuları arasında yer almaktadır.¹⁰⁷ Bu husus da anayasacılığın siyasi yönünü oluşturmaktadır.¹⁰⁸ Gerek gücün, farklı fonksiyonlar olarak ayrıştırılıp çeşitli devlet organları arasında dağıtılması gerekse yasama, yürütme ve yargı olarak adlandırılan bu organların birbirlerine karşı konumlanışı ve sorumluluğuna ilişkin olarak getirilen anayasal düzenlemeler, devlet iktidarından

¹⁰¹ ÇEÇEN, Anıl, “*Hukuk Devleti ve Yönetim*”, İçinde: Prof. Dr. Bülent N. Esen’e Armağan, AÜHFY, Ankara 1977, s. 111.

¹⁰² Çeçen, 1977, s. 116.

¹⁰³ GÖNENÇ, Levent, “*Ortaçağ Avrupası’nda Anayasacılığın Düşünsel ve Kurumsal Temelleri*”, İçinde: Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, C.II, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 268.

¹⁰⁴ Reynolds, s. 99.

¹⁰⁵ Montesquieu, 1998, s. 236.

¹⁰⁶ Howard, 1991, s. 19.

¹⁰⁷ Arslan, 2008 (b), s. 21.

¹⁰⁸ Soltan, 1993, s. 92.

kaynaklanan yetkinin kullanımına imkân sağlayan kanunların içeriğini, dolayısıyla da bu gücün kullanım tarzını belirlemektedir.¹⁰⁹

Kuvvetler ayrılığı ilkesi, mutlak gücün (iktidarın) özgürlükler aleyhine bir tehlikeyi de beraberinde getireceği varsayımına dayanarak, gücün güçle sınırlanması ve kontrolü ilkesine dayanmaktadır. Doktrinde, yasama, yürütme ve yargı erklerinin aynı ellerde toplanmasının zorbalığın değişik tezahür biçimlerinden biri olduğu ifade edilmiştir.¹¹⁰ Bu durumda siyasal iktidar otoriter bir yapıya dönüşmüş olacaktır. Ancak hemen belirtilmelidir ki söz konusu organlar arasında sınırlamayı sağlayacak şekilde bir işbirliği de bulunmaktadır.¹¹¹ Bu işbirliği sayesinde ortaya çıkan sosyal denge ile belli bir özgürlük ortamı doğmaktadır.¹¹² Örneğin ABD Anayasası, Senatonun anlaşmaları onaylamasına, Anayasa Mahkemesine yargıç atamasına ilişkin düzenlemeler içermektedir.¹¹³ Her organ kendisine ait yetkileri anayasal sınırlar içerisinde kullanarak bir diğerini frenlemekte/dengelemekte; böylelikle iktidarın tek elde toplanmasıyla ortaya çıkacak olan güç yoğunlaşması engellenerek bireysel özgürlükler bakımından çeşitli hukuksal güvencelere sahip bir toplumsal ve siyasal ortam oluşmaktadır.

II. ANAYASAL DEVLETİN UNSURLARI: HUKUK DEVLETİ, KUVVETLER AYRILIĞI ve İNSAN HAKLARINA DAYALI DEVLET YAPISI

Anayasacılık başlığı altında en sade ve net anlamıyla anayasal devletin, devlet iktidarının sınırlanmasına ve bölünmesine ilişkin ilke ve kurumların yer aldığı en üst hukuki metin olan bir anayasa çerçevesinde örgütlenen devlet olduğu belirtilmişti. Diğer taraftan insanlık ailesinin ulaşmış olduğu medeniyet ve gelişmişlik seviyesine uygun bir şekilde insan haklarının tanınması ve korunması da anayasal devletin

¹⁰⁹ CANİKLİOĞLU, Dikmen Meltem, “*Hukuk Devletinde Siyasal İktidar ve Yargının Karşılıklı Konumu-İlişkileri*”, DÜHFD, C.10, Sy.1, 2008, s. 12.

¹¹⁰ Howard, 1991, s. 19; Bryner, s. 13.

¹¹¹ Gül, 2010, s. 219.

¹¹² Starck, 2005, s. 33.

¹¹³ Howard, 1991, s. 20.

dayanması gereken diğer esaslardan biridir. Dolayısıyla anayasal devlet, hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı, insan hakları gibi üç temel unsur üzerinde yükselmektedir.

A. HUKUK DEVLETİ

Devletin bireysel özgürlükler çerçevesinde hukuk ile sınırlanması olgusu, hukuk ve siyaset biliminin en önemli konularından birisini oluşturmaktadır. Bu nedenle hukuk devleti ilkesi, bir kavram olarak ortaya çıktığı ilk andan günümüze kadar üzerinde en çok durulup tartışılan; temel hak ve özgürlükler bakımından hayati önem taşıyan ilkelere birisi durumundadır. Doktrinde hukuk devletini, modern devletin doğuşu ile eş zamanlı olarak değerlendiren¹¹⁴ görüşler ağırlıklı olmakla birlikte kavramı, Eski Yunan Medeniyetine kadar götüren görüşler de bulunmaktadır.¹¹⁵

Günümüzde her ne kadar başta devlet olmak üzere çeşitli kutsallıklara geri dönüş olmakla birlikte moderniteyle birlikte toplum, ilahi, tartışılmaz bir alan olmaktan çıkmıştır. Böylelikle bireylerin gerek devletle gerekse birbirleri ile olan uyumsuzlukları da nitelik değiştirmiş ve dünyevi bir görünüm kazanmıştır.¹¹⁶ Hukukun da söz konusu süreçte fonksiyonu değişmiş; hukuk, toplumu belli bir anlayış temelinde ahlaklı kılmanın aracı olmaktan çıkıp bireylerin kendi ahlak anlayışlarına göre yaşamalarına imkân sağlayan bir araç konuma gelmiştir. Hukuk devleti de, bu süreçte, belli bir meşruluk temeli olan, sınırları belli ve hakların fiilen kullanılabilirdiği, özgürlük temelli yeni bir dünya yaratmıştır.¹¹⁷

Bugün için hukuk devleti, bütün gelişmiş devletlerin ortak özelliği olarak herhangi bir medeniyete ya da millete özgü değildir.¹¹⁸ Bu popülarite yüksek yargı

¹¹⁴ Söz konusu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SIR, Onur, Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 45; SANCAR, Mithat, “*Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti*”, DBD, Hukuk ve Adalet Özel Sayısı, Yıl:4, Sy.13, 2000-2001, s. 36.

¹¹⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZCAN, Mehmet Tefik, Modern Toplum ve Hukuk devleti, XII Levha Yayınları, İstanbul 2008, s. 200.

¹¹⁶ Özcan, 2008, s. 200.

¹¹⁷ Özcan, 2008, s. 200.

¹¹⁸ DICEY, V Albert, “*Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamalar*”, Çev.: Ali Rıza Çoban, İçinde: Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Adres Yayınları, Ed: Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/Adnan Küçük, Ankara 2008, s. 28.

kararlarına da yansımaktadır. Türk Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) kararlarında en çok kullandığı kavram hukuk devleti olup, Mahkemece hukukun genel ilkelerine ulaşmada adeta bir giriş noktası olarak kullanılmaktadır.¹¹⁹ Hukuk devleti düşüncesinin doğum yeri olan Almanya'da başlangıcı Immanuel Kant'a uzanan gelişim sürecinde, hukuk devletini açıklamaya yönelik olarak birbirinden farklı unsurlara ağırlık veren değişik görüşler ileri sürülmüş;¹²⁰ bu da kavramın anlam ve içeriği konusunda genel bir belirsizliğe neden olmuştur. Söz konusu husus eleştiri konusu olmakla birlikte hem kavramın doğup dünyaya yayıldığı Almanya'da hem de Türkiye'de hukuk devletinin, anayasal düzenin temel karakteristiği olduğu da her fırsatta vurgulanmıştır.¹²¹ Tarihsel gelişim sürecinde, doktrinden normatif düzenlemeye, ulusal uygulamadan ulus-üstü denetime, XIX. yüzyıldan XXI. yüzyıla, Almanya, Fransa ve İngiltere ile diğer birçok Avrupa devleti ve ülkemizde¹²² de hukuk devleti ilkesi çerçevesinde pek çok gelişim ve dönüşüm yaşanmıştır.¹²³

¹¹⁹ ŞİRİN, Tolga, “*Hukukun Üstünlüğü(Rule of Law) Hukuk Devleti(Rechtsstaat): Aralarında Fark Var mı?*”, İçinde: Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 679.

¹²⁰ ÖZKORKUT, Ünal Nevin, “*1876 Anayasası'nın Hukuk Devleti Unsurları Açısından Osmanlı Devlet Anlayışına Getirdiği Yenilikler*”, AÜHFD, C.53, Sy.1, 2004, s. 174.

¹²¹ Sancar, 2000 (c), s. 30.

¹²² Ülkemizde hukuk devletini inşa ve geliştirme çabaları Tanzimat döneminden bu yana süregelmiştir. Yüzyılı aşkın teorik ve pratik birikimin bir sonucu olarak, hem biçimsel hem de maddi boyutuyla hukuk devleti, 1961 Anayasası ile hukuk düzenimize girmiştir. Bu Anayasayla, hukuk devletinin hayata geçmesi için olması gereken tüm hukuksal kurumlar ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş ve hukuk devleti, anayasal bir nitelik kazanmıştır. 1961 Anayasası ile Türk hukuk sisteminde yer almaya başlayan Anayasa Mahkemesi de devlet iktidarına karşı bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasında başvurulan en önemli araçlardan biri olan hukuk devletinin hayata geçirilmesi amacıyla kurulmuştur. Kurulduğu tarihten günümüze kadar verdiği çeşitli kararlar ile Cumhuriyetin bir niteliği olarak görülen hukuk devletinin gereklerini ortaya koyarak kavramın içeriğini belirlemeye çalışmaktadır. 1982 Anayasası da benzer şekilde hukuk devleti ilkesine yer vermiş, onu Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında saymıştır.

¹²³ KABOĞLU, İbrahim Ö, “*Türkiye'nin Anayasal Düzeni Açısından Hukuk Devleti İlkesi*”, İçinde: Özgürlükler Düzeni olarak ANAYASA, Fazıl Sağlam'a 65. Yaş Armağanı, İmaj Yayınevi, İstanbul 2006, s. 287.

1. Hukuk Devleti Teorisi

a. Kavramın Terminolojik Kullanımı

Türkiye’de anayasal düzeyde ilk kez 1961 Anayasası döneminde hukuk düzenimizde yer alan hukuk devleti kavramı halen anayasal sistemin temelini oluşturmaktadır. Bununla birlikte, hukukçular arasında ve daha sıklıkla da aydın/entelektüel çevrelerde, daha önceleri ‘hukuk devleti’ kavramının kullanıldığı kimi yerlerde, ‘hukukun üstünlüğü’ kavramının kullanılmaya başlandığı görülmektedir. Hatta Türkiye’de hukuksal bakış açısının ve buna bağlı olarak terminolojinin de değişerek, hukuk devleti yerine hukukun üstünlüğünün kullanılması gerektiği belirtilmiştir.¹²⁴ Gerçekten de bu iki kavram arasında bir fark bulunmakta mıdır? Bu, kökü Aristo’ya kadar uzanan Avrupa merkezli bir tartışma konusudur.¹²⁵

Hukuk devleti (Rechtsstaat) ilk kez; iki Alman bilim adamı Bahr ve Gneist tarafından yönetsel nitelikteki eylem ve işlemlerin yargısal denetiminin sağlanmasını ifade etmek üzere kullanılmıştır. Ağırlıklı olarak Fransa’da kabul gören ‘kanunilik’ ilkesinin Almanya’daki karşılığını oluşturmuştur. Kıta Avrupa’sında hukuk devleti kavramının fikir babaları ise George Jellinek ve Hans Kelsen olmuşlardır.¹²⁶ Rechtsstaat kavramının karşılığı, Anglo-Sakson hukuk sisteminde tam olarak bulunmamaktadır.¹²⁷ Ancak bunun muadili sayılan ve hukuk devleti kadar olmasa da belli bir popüleriteye sahip olan terim, ‘rule of law’dur. Türkçe’de ‘hukukun egemenliği’ anlamına gelen bu kavram, ‘hukukun üstünlüğü’ anlamına gelen ‘supremacy of law’ ile birlikte ortaya atılmış olmasına rağmen, İngiliz-Amerikan hukuk literatüründe birincisi; Türkiye’de ise ikincisi genel tercih konusu olmuştur.¹²⁸

¹²⁴ Şirin, 2010, s. 679.

¹²⁵ NEUMAN, L. Gerald, “Amerika’da Anayasal Bir Kavram Olarak Rule of Law ve Alman Anayasasının Rechtsstaat İlkesi”, Çev.: Ali Rıza Çoban , İçinde: Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Adres Yayınları, Ed: Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/Adnan Küçük, Ankara 2008, s. 557.

¹²⁶ ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, “Türk Anayasa Mahkemesi’nin Hukuk Devleti Anlayışı”, HFSA/3, 1995, s. 73

¹²⁷ Sancar, 2000 (c), s. 32.

¹²⁸ 1982 Anayasasında sadece milletvekillerinin and içmesini öngören md. 81 ile Cumhurbaşkanının andını düzenleyen md.103 de hukukun üstünlüğü kavramına yer verilmiştir.

Fransız literatüründe de, hukuk devletini karşılayan ‘etat de droit’ gibi yerleşik bir terim bulunmamaktadır. Ancak 1990 tarihli, ‘Yeni Bir Avrupa İçin Paris Şartı’nın Fransızca metninde, İngilizce metnindeki ‘rule of law’ın karşılığı olarak ‘etat de droit’ kullanılmış, böylece Fransız literatüründeki söz konusu eksiklik de giderilmiştir.¹²⁹ Bu ülkede, aynı kavramı karşılamak üzere ‘anayasal devlet’ anlamına gelen ‘etatconstitutionel’ kavramı da kullanılmıştır.¹³⁰ ABD’de ise, ‘due-process’ kavramı kullanılmakta olup, Alman Hukuku’na benzer bir şekilde, hukuka bağlı devlet unsurlarının insan hakları hassasiyeti çerçevesi içinde yargısal denetime tabi tutulması amacı olarak somutlaştırılmaktadır.¹³¹

Doktrinde, ağırlıklı olarak yukarıda belirtilen kavramlar arasındaki farkın; içerikten daha çok yaklaşım ve tarihsel arka plan farklılığından kaynaklandığı belirtilmektedir.¹³² Bu süreçte, hem karşılıklı etkileşimler hem de yerel nitelikte bazı farklılıklar söz konusudur.¹³³ Duverger’in ifadesiyle, biri esasen İngiltere’de, diğeri Almanya ve Fransa’da vücut bulmak üzere, “*aynı Batı’nın iki farklı yüzünü*” oluşturmaktadır.¹³⁴ Bununla birlikte aralarındaki fark şöyle belirtilebilir: Hukuk devleti kavramının temelinde, devlet tasarruflarının hukuka uygunluğu, rule of law düşüncesinin temelinde ise, bizzatı devlet kendisinin bir bütün olarak hukuka tabiliği bulunmakta olup¹³⁵ devletin hukuk ilkelerine olan sıkı bağlılığını ifade eden bir semboldür.¹³⁶ Hukuk devleti, devletin kendisinin yaratmış olduğu hukukla sınırlanması esasına dayanmaktadır.¹³⁷ Bu tür bir devlette iktidar, sadece mevcut olan hukuk düzeninin izin verdiği araçları, izin verdiği ölçüde kullanabilirken bireyler de iktidarın yapmış olduğu hak ihlallerine karşı yargı yoluna başvurabilir. Bu yön, biçimsel niteliktedir. Bu şekilde düşünülen hukuk devleti, bütünü ile hak ve özgürlükler temelinde yükselen rule of law ile tam bir karşıt durumu ifade

¹²⁹ Sancar, 2000 (c), s. 33.

¹³⁰ Caniklioğlu, 2008, s. 13.

¹³¹ DOEHRING, Karl, Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku), Çev.: Ahmet Mumcu, İnkılap Kitapevi Yayınları 2.Baskı, İstanbul 2001, s. 208.

¹³² Şirin, 2010, s. 680.

¹³³ Neuman, 2008, s. 557.

¹³⁴ DUVERGER, Maurice, Batı’nın İki Yüzü, Çev: Cem Eroğul/Fazıl Sağlam, Doğan Yayınevi, Ankara 1977, s. 8.

¹³⁵ SACHS, Michael, “Hukukun Üstünlüğü ve Hukuk Devleti”, İçinde: Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, Ankara 2001, s. 623.

¹³⁶ Keser, 2005, s. 6.

¹³⁷ ÖZLEM, Doğan, “Hukuk Devletini Sosyal Devlet İçinde Düşünmek”, DBD, Hukuk ve Adalet Özel Sayısı, Yıl:4, Sy.13, 2000-2001, s. 9.

etmektedir.¹³⁸ Normlar hiyerarşisine bağlılığın yerini kanunun üstün ve mutlak otoritesi almaktadır. Ancak kanunun, genellik, yayımlanma, öngörülebilirlik, açıklık, tutarlılık, geriye yürümemek gibi bazı ilkeleri de içermesi gerekmektedir. Hukuk devleti böylelikle, ‘rule of law’ dan farklı olarak, esas itibarıyla biçimsel bir şekilde, içermesi gereken öz nitelikten bağımsız düşünülmüştür. Diğer taraftan hukuk devleti, ismiyle paralel olarak devlet ile varlık kazanmakta ve bunu devam ettirmektedir. Başka bir ifadeyle; bir devlet ön-kabulüne dayanmaktadır. Hukukun üstünlüğünde ise, özgürlükler çerçevesinde olması gerekene yönelik, devletin bulunmadığı bir alanda dahi ulaşılmak istenen amaca işaret edilmektedir. Bu bağlamda hukuk devleti için devletin varlığı mutlak zorunluluk iken, ikincisi için bu söz konusu değildir. Devletleri aşan, uluslararası alanda (Kopenhag Kriterleri, Avrupa Konseyi Statüsü vb.) hukukun üstünlüğü ifadesinin kullanılışı da bu gerçeği doğrulamaktadır.¹³⁹

ABD’de kullanılan ‘due process’ kavramı, bu bağlamda devletin olmadığı, üçüncü kişiler arasındaki uyuşmazlıklarda da gündeme gelmektedir.¹⁴⁰ Örneğin, Amerikan Yüksek Mahkemesi bir davada, bir alacaklının borçlunun mallarına el atmasını, alacaklının Federe Devlet Kanunları’na dayanarak bunu yaptığı gerekçesiyle borçlunun dueprocess hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir. Kavramın uygulanmada kazanmış olduğu bu geniş kapsamlı yorum, sadece kavramın kendisinde değil, aynı zamanda, hürriyet ve mülkiyet gibi kavramların içeriğinin belirlenmesinde de görülmüştür.¹⁴¹ Yani yürürlükteki hukuk için belli bir maddi içerik, öz öngörülmektedir.¹⁴² Diğer taraftan, hukukun üstünlüğü kavramı, sivil toplum-devlet dualizmi üzerine kurulu olup¹⁴³ hukuk ile devlet arasında zıt bir ilişki vardır.¹⁴⁴ XVII. yüzyılda hukukun üstünlüğü kavramı ile Parlamentonun üstünlüğü kastedilmiş, parlamentonun hukukun üstünde olduğu görüşü ileri sürülmüştür.¹⁴⁵ Bu anlamda Parlamentonun üstünlüğü, aynı zamanda, ‘rule of law’ u da içermektedir.

¹³⁸ CHEVALLIER, Jacques, Hukuk Devleti, Çev.: Ertuğrul Cenk Gürcan, İmaj Yayınları, Ankara 2010, s. 7.

¹³⁹ Şirin, 2010, s. 696.

¹⁴⁰ ALTIPARMAK, Kerem, “Due Process of Law Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme”, AÜHFD, C.45, Sy.1-4, 1996, s. 221.

¹⁴¹ Altıparmak, 1996, s. 222.

¹⁴² Chevallier, 2010, s. 8.

¹⁴³ Aliefendioğlu, 1995, s. 73.

¹⁴⁴ Şirin, 2010, s. 682.

¹⁴⁵ KARAYALÇIN, Yaşar, “Hukukun Üstünlüğü, Kavram-Bazı Problemler”, İçinde: Prof. Dr. Bedri Gürsoy’a Armağan, Ankara 1992, s. 200.

Kanunları yapan organın parlamento olduğu dikkate alındığında, hukukun üstünlüğü ile Parlamentonun üstünlüğü arasında kaçınılmaz bir ilişki bulunmaktadır. Söz konusu bu ilişkinin niteliğı, diğerk iktidar biçimlerinden farklı olarak, parlamentonun iktidarını rule of law ilkesine bağımlı hale getirmektedir. Çünkü birinin varlığı diğerkinin varlığına bağılıdır. Kanun (law) parlamentonun iktidarı sayesinde hayat bulurken kanuna dayalı yönetim, diğerk iktidamların tersine olarak parlamentonun iktidarını pekiştirmektedir.¹⁴⁶ Buna karşın rechtsstaat düşüncesinde, devlet ile hukuk arasında birbirine bağımlı bir ilişki söz konusudur.¹⁴⁷ Örneğın Japon Meici Anayasası'nda hukuk devleti ilkesi, devleti temsil eden ve anayasal bir ilke olan Tennoizm'le (İmparator üstünlüğü, egemenliğı) esaslı bir şekilde sınırlandırılmıştır.¹⁴⁸

Diğerk taraftan hukuk devleti, yazılı bir anayasada yer alan kuralları yaratan bir kaynak durumundayken rule of law, birey haklarının doğal bir sonucudur.¹⁴⁹ Anglo-sakson hukuk geleneğinde, birey haklarını ilgilendiren kurallar, bireysel davalarda söz konusu hakları tespit edip ortaya koyan yargı kararları sonucunda hukuk alemine çıkmaktadır. Başka bir ifadeyle söz konusu gelenekte geçerli olan yöntem, 'tümevarım' iken, hukuk devletinde 'tümden gelim'dir.¹⁵⁰ Son olarak, rule of law ile dueprocess kavramlarının hukuk devletini doğal hakların korunması sınırında ele aldıklarını belirtmek gerekir.¹⁵¹ Bu iki kavramın geçerli olduğı hukuk sistemlerinde, hukuk devleti, doğal hak öğretisi gereğı kaçınılmaz olarak sahip olunması gereken hak ve özgürlüklerin gerçekleştirilmesinin prosedüeral (usuli) araçlarıdır.¹⁵² Gerçekten de; mahkemeler bir ceza davasında yaşam, mülkiyet veya özgürlük hakkına dokunulduğunda, bir hukuk davasında ise mülkiyet hakkına herhangi bir müdahale söz konusu olduğunda usule uygun olarak hareket etmeli; adil yargılanma hakkına uygun bir duruşma yapmalıdırlar. İdare ajanları ise yaptıkları

¹⁴⁶ Şirin, 2010, s. 690.

¹⁴⁷ Şirin, 2010, s. 682.

¹⁴⁸ KARAMUSTAFAOĞLU, Tunçer, "Japonya'da Hukuk Devleti", AÜHFD, C.25, Sy.1-2, 1968, s. 81.

¹⁴⁹ Dicey, 2008, s. 37.

¹⁵⁰ Dicey, 2008, s. 32, 34.

¹⁵¹ ÖZCAN, Mehmet Tevfik, "Hukuk Devleti: Modern Toplumun Hukuk Aracılığıyla Siyasal Meşruiyeti", HFSA, 16. Kitap, 2007, s. 194.

¹⁵² Caniklioğlu, 2008, s. 13.

işleme ilişkin hak arama yollarının fiilen kullanılabilmesini sağlayacak şekilde ilgiliye tebligatta bulunmalıdırlar.¹⁵³

Kavramlar arasındaki farklılığa ilişkin son olarak doktrinde, kuralların, geleceğe yönelik olup, geçmişe etkili olmaması, uygulanmalarının imkânsız olmaması, yayımlanmış ve açıklık ilkesine uygun olması, birbirlerini destekleyecek şekilde uyum içinde ve kişilerin kuralların içeriği konusunda sahip oldukları bilgileriyle, davranışlarını yönlendirmelerine imkân sağlayacak derecede istikrarlı olması, özel ve sınırlı nitelikteki durumlara ilişkin olanların genel olanlarına uygun olması, uygulamakla sorumlu konumda olan kişilerin yeknesak biçimde uygulama zorunluluklarının her iki kavramda da ortak olduğu farklılığın; ‘rule of law’ da bunun bir ideal olup gerçekleştirme araçlarının neler olduğunun önceden belirlenmediği, hukuk devletinde ise söz konusu araçların önceden açık bir şekilde belirlendiği ifade edilmektedir.¹⁵⁴

Bütün bunlarla birlikte söz konusu kavramlar arasında, tarihsel ve siyasal nedenlere dayanan farklılıklardan daha fazla sayıda ortak olan değerler, ilkeler vardır.¹⁵⁵ Meşruluk ve hukuk ilkelerine dayalı yönetim şeklini ifade eden bu kavramlar ve bunların içerdikleri unsurların özellikleri ülkeden ülkeye bazı değişiklikler gösterse de, hepsinin ortak bir özelliği vardır ki o da; toplumsal yaşam üzerinde var olan takdir yetkisinin en düşük seviye çekilmesi¹⁵⁶ ve hukukun, siyasal alanın müdahalesinden uzak ve bağımsız hale getirilmesidir.¹⁵⁷

Meseleye temel hak ve özgürlükler lehine iktidarın sınırlandırılması çerçevesinden bakıldığında da kavramlar arasında anlamlı bir farktan bahsetmek kolay olmayacaktır.¹⁵⁸ İktidarın sınırlılığını sağlamak ve özgürlükleri hayata geçirmek bakımından kanunların yetersizliğini gidermek amacıyla çeşitli terimler kullanılmış, çözümler önerilmiştir. Bu çerçevede; yazılı veya yazılı olmayan temel normlar ve hukuk ilkeleri bulunduğu, kanunların ve devlet yönetiminin bu ilkelere uygun olması gerektiği belirtilmiştir. Bu temel ilkeler arasında; adalet, eşitlik, insan

¹⁵³ Altıparmak, 1996, s. 220.

¹⁵⁴ TROPER, Michel, “*Sınırlı İktidar, Hukuk Devleti ve Demokrasi*”, Çev.: Burak Öztürk, İçinde: Demokrasi ve Yargı, Ed: Ozan Ergül, TBBY, Ankara 2005, s. 14-15.

¹⁵⁵ Şirin, 2010, s. 696.

¹⁵⁶ Özcan, 2008, s. 200.

¹⁵⁷ Özcan, 2007, s. 195.

¹⁵⁸ Şirin, 2010, s. 696.

onuru, insan hakları, hakkaniyet, iyi niyetin korunması, dürüstlük kuralları, iradenin özerkliği vb. yer almaktadır. Bunlar için kesin sayısal bir sınır koymak mümkün değildir. Söz konusu kavramlar bakımından görülen farklılıklar, toplumların karşılaştığı çeşitli nitelikteki sorunlar, var olan kültür ve hukuk düzeyinden kaynaklanmaktadır.¹⁵⁹ Nitekim doktrinde ve günlük dilde, hukuk devleti ilkeleri olarak belirtilen ilkelerin, hukukun üstünlüğü ilkeleri arasında da yer aldığı görülmektedir.¹⁶⁰ Devlet insanların değil hukukun hükümetidir. Hukuk onu uygulama yetkisine sahip olana hiçbir şekilde keyfi davranma yetkisi vermez; hukuk düzeni içindeki her insan için belli ölçüde eşitlik ilkesi geçerlidir ve hukukun hesaba katılabilirliği her zaman güvence altına alınmak zorundadır.¹⁶¹ Örneğin, ABD Anayasasındaki due process hükümleri diğer kavramlarla farklı şekillerde ifade edilen hukuksal güvenceleri bireylere sunmuştur.¹⁶²

Yargısal uygulama da kavramlar arasında esaslı bir farklılığın olmadığını ortaya koymaktadır. Örneğin, ABD Yüksek Mahkemesi, Anayasada yer alan due process ilkesinden yararlanarak; getirilen sınırlamanın makul olması, sınırlamanın genel yararı sağlamada zorunlu olması, getirilen sınırlama ile kamuya sağlanan yarar arasında denge bulunması gibi bir takım ilkeleri belirleyerek Alman Federal Anayasa Mahkemesinin hukuk devleti anlayışından çıkardığı ilkelere benzer ilkeleri geliştirmiştir.¹⁶³ Bu çalışmada; hukuk devleti terimi tercih edilecektir.

b. Hukuk Devletin Düşünsel Gelişimi

Ortaçağ'da İngiltere'de devletin, ilahi veya beşeri nitelikteki hukuk ilkelerine bağlı olması, toplumsal ilişkilerde hukuk ilkelerinin hakim olması gerektiği gibi bir takım temel esaslara dayanan rule of law kavramı, tahtın siyasi gücünü sınırlamak amacıyla XIII. yüzyılda Henri de Bracton tarafından ortaya atılmıştır. Aynı düşüncüyü karşılayan 'supremacy of law' terimi de olmakla birlikte, rule of law daha

¹⁵⁹ Karayalçın, 1992, s. 199-200.

¹⁶⁰ Şirin, 2010, s. 696.

¹⁶¹ Doebling, 2001, s. 209.

¹⁶² Altıparmak, 1996, s. 249.

¹⁶³ Aliefendioğlu, 1995, s. 73.

çok tercih edilmiş ve yerleşmiştir.¹⁶⁴ Hukuk devleti kavramının ise ilk kez ne zaman ve kim tarafından kullanıldığı konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Doktrinde bazı görüşlere göre, devlet iktidarının siyasal özellik taşıyan takdir hakkı yerine, hukuki meşruluğa dayanan yönetim icra etmesi anlamına gelen¹⁶⁵ ve kökleri, modernliğin ilk döneminde yaşama geçmiş olan 1215 Magna Carta'ya dayanan bir geçmişe uzanan hukuk devleti,¹⁶⁶ kavram olarak ilk kez 1608 de İskoç Karl IV. James'in, verdiği idam emrine Baş Yargıç Coke'un itirazıyla ortaya çıkmıştır. Coke'un, "*Kral insanlara değil, Tanrıya ve Hukuka tabidir*" diyerek, kimsenin yargılanmadan cezalandırılmayacağını belirtmesi, hukuk devletine bugünkü anlamına uygun kavramsal bir içerik kazandırmıştır. Bununla birlikte, ilk kez Kant tarafından, 1797'de Hukuk Öğretisinin Metafizik Etkileri adlı eserinde, "*hukuk zemininde duran devlet*" olarak, hukuk devletine bir tanım, içerik kazandırılmıştır.¹⁶⁷ O'nun 'kategorik emir' olarak tabir ettiği düşünce aslında, hukuk devleti ilkesinin altında yatan temel düşüncenin ahlak alanına taşınmasıdır. "*Öyle bir düstura göre hareket etki, aynı zamanda bunun evrensel bir hukuk olmasını dileyessin*" ilkesi tamamen bu düşüncüyü ifade etmektedir.¹⁶⁸ Kimine göre, bu kavram ilk kez JW Placidius tarafından, 1798 de yayımlanan 'Literatur der Staatslehre' başlıklı eserde kullanılmışken bazı kaynaklarda ise, kavramı ilk kullanan kişinin; 1813 tarihli 'Die Letzten Grundevon Recht, Staatund Strafe' adlı eseriyle Karl Thedor Wecker olduğu belirtilmektedir.¹⁶⁹ İleri sürülen tüm bu tarihler dikkate alındığında, hukuk devleti çerçevesinde ortaya çıkan söz konusu bu düşünsel gelişimin, birbiriyle eş zamanlı olduğunu kabul edecek kadar yakın bir zaman dilimi içinde ortaya çıktığı görülmektedir. Bu da, anayasacılık ve liberalizm gibi kavramların XVIII. yüzyılın sonlarına doğru ortaya çıktığı gerçeği ile birlikte düşünüldüğünde bunların XIX.

¹⁶⁴ Karayalçın, 1992, s. 200.

¹⁶⁵ Caniklioğlu, 2008, s. 13.

¹⁶⁶ ÖZCAN, Tevfik Mehmet, "*Yasama Faaliyetinin Sınırı Olarak Hukuk Devleti*", İçinde: Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 533.

¹⁶⁷ Caniklioğlu, 2008, s.13.

¹⁶⁸ HAYEK, Friedrich A.von, "*Siyasal Bir İdeal Olarak Hukuk Devleti*", Çev.: Sevda Gültekin Göktolga/Alı Rıza Çoban, İçinde: Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Adres Yayınları, Ed:Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/Adnan Küçük, Ankara 2008, s. 65.

¹⁶⁹ Sancar, 2000 (c), s. 33; Özlem, 2000-2001, s. 12.

yüzyılın başlarından itibaren hukuk devleti düşüncesiyle yakın bir ilişki içinde olduğu anlaşılmaktadır.

Modern hukuk devleti ile liberalizmin temel kavramı niteliğinde olan bireycilik arasında o kadar yakın ve sıkı bir ilişki vardır ki, anayasa neredeyse bireyciliğin temel ilkelerine indirgenmekte ve ‘anayasal devlet’ kavramı ile ‘liberal hukuk devleti’ kavramı özdeşleştirilmektedir.¹⁷⁰ Bu özdeşlik kendisini, devletin hukuk kurallarıyla sınırlandırılması olgusunda göstermektedir. Hukuk devleti bu yönüyle, Aydınlanmacı devlet felsefesinin Almanya’daki gecikmiş yansıması,¹⁷¹ İngiliz ve Fransız burjuvazisine göre gecikmiş olan Alman burjuvazisinin gecikmiş ideolojisinin temel kavramlarından biri olma özelliğine sahiptir. Devlet kudretinin sınırlanması fikri daha öncesinde de belirtildiği gibi İlkçağdan itibaren varlığını sürdürmüştür. O tarihten itibaren bu güç, ona sahip olan bir monarka, bir despota, bir hanedana, bir güçler ittifakına karşı, çoğunlukla Tanrı adına ve din lehine olmak üzere, çeşitli yöntem ve araçlara başvurularak sınırlanmak istenmiştir. Buna karşılık modern hukuk devleti düşüncesi, devlet ve diğer toplumsal güçlerin, birey merkezli Aydınlanma felsefesi doğrultusunda, bireyin özgürlüğü ve özerkliği adına ve bunlar lehine sınırlandırılması üzerinde yükselmiştir.¹⁷²

Hukuk devletinin çıkış noktası, doğal hukuk bağlamında liberal devlettir.¹⁷³ Doğal hukuk kuramı, çeşitli görünümeler altında binlerce yıldır varlığını devam ettiren, dinsel nitelikteki düzen ile ahlak ve hukuk arasındaki ilişkiler hakkında ileri sürülen¹⁷⁴ ve eşyanın doğasından kaynaklanan¹⁷⁵ sistematik bir düşünce tarzıdır. Çeşitli doğal hukuk kuramları, birbirinden oldukça farklı amaçlara sahip olmakla birlikte doğal hukuk, devletin rolü ve sınırları ile doğal haklar açısından modern siyaset kuramının ve uluslararası hukukun gelişmesinde de temel bir fonksiyonu

¹⁷⁰ SCHMITT, Carl, “*Liberal Hukuk Devletinin İlkeleri ve Hukuk Devletinde Kanun Kavramı*”, Çev.: Bilal Canatan, İçinde: Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Adres Yayınları, Ed: Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/Adnan Küçük, Ankara 2008, s. 119.

¹⁷¹ Sancar, 2000 (c), s. 33.

¹⁷² Özlem, 2000-2001, s.13; ÖKÇESİZ, Hayrettin, Sivil İtaatsizlik, Afa Yayıncılık, İstanbul 1994, s. 95.

¹⁷³ KABOĞLU, İbrahim Özden, Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar, Legal Kitapevi, 6.Baskı, 2010, s. 399.

¹⁷⁴ Bix, 2004, s. 291.

¹⁷⁵ BONNARD, Roger, “*Tabii Hukuk ve Pozitif Hukuk*”, Çev.: Mehmet Ali Aybar, HFSA, 15. Kitap, 2006, s. 26.

yerine getirmiştir.¹⁷⁶ Doğal hukuk, Yeniçağda bir insan hakları teorisine dönüşmüş,¹⁷⁷ özellikle de Amerikan ve Fransız Devrimlerinin gerek öncesinde gerekse devrimler sırasında, ihlal edilmesi mümkün olmayan, vazgeçilmez, insan ve vatandaşlık hakları üzerinde önemle durmuş; toplumsal düzeyde bir farkındalık yaratmıştır.¹⁷⁸ Bu yönüyle doğal hukuk, maddi bir içerik kazanmıştır.¹⁷⁹ Her ne kadar tüm bu nedenlerle hukuk devletine asıl rengini verenin Aydınlanma felsefesi ve doğal hukuk olduğu, doğal hukukun aynı zamanda bir hukuk devleti kuramı teşkil ettiği, doğal hukuk kurumlarına başvurmaksızın hukuk devletinin temellerini anlamının mümkün olmadığı¹⁸⁰ şeklinde görüşler bulunmaktaysa da bir sonraki paragrafta ayrıntılı olarak belirtileceği üzere doğal hukuk, hukuk devletine başlangıç aşamasında düşünsel anlamda öncülük etmiştir. Doktrinde, insanların ve toplumun üzerinde yaratılmış olan ve bir iradeye dayalı olarak ortaya çıkmış kanunların tabii olmaları gereken bir kurallar bütünü olduğunu savunan tabii hukukçu görüşün aslında böylelikle hukukun özerkliğini ileri sürdüğü belirtilmektedir. Buna göre, bir kez ve bütün zamanları kapsayacak şekilde bir kurallar bütününe, "bir" doğru ve yanlış, iyi ve kötü, adil olan-olmayan anlayışına göre şekillendirilip düzenlenmesi gereken dünya kurgusunun hukukun özerkliğinin aslında onun başlangıçtaki öncelliği varsayımından kaynaklandığını göstermektedir. Bu öncelik ise irade temelinde ortaya çıkan bir önceliktir. Tabiatın kurallarına dayanan bir hukuk iddiası, kanun yaratan bir iradenin varlığından uzaklaşsa da tabiatın kurallarının da son aşamada belirlenmesi gerekmektedir. Bu da, tabii-pozitif hukuk ayrımını belirleyen yaratı/veri olgularını netleştirmenin çok da kolay olmadığını göstermektedir. Bundan dolayı "bir" hukuk yerine hukukları düşünmek daha doğru bir yaklaşım olacaktır.¹⁸¹ Kanaatimizce de tüm bu nedenlerle hukuk devletine asıl rengini veren iradeci pozitivistizmdir.

Diğer taraftan devlet iktidarının sınırlanması ile bireysel ve siyasal özgürlüğün güvence altına alınması arasındaki fonksiyonel ilişkiye dayanan XVIII. yüzyıl Aydınlanmacı devlet felsefesi ile devrimler dönemindeki İngiliz ve Fransız

¹⁷⁶ Bix, 2004, s. 291.

¹⁷⁷ MARDİN, Şerif, "Tabii Hukuk ve Batı Toplumu ve Bizler", HFSA, 9. Kitap, 2004, s. 77.

¹⁷⁸ GÜRİZ, Adnan, Hukuk Felsefesi, Siyasal Kitapevi Yayınları, 5. Baskı, Ankara 1999, s. 152.

¹⁷⁹ Bonnard, 2006, s. 27.

¹⁸⁰ Bkz. Sır, 2011, s. 41.

¹⁸¹ AKAL, Cemal Bali, "Hukukun Kaynağı", GHD, Sy.139, 2015, s. 29-30.

burjuvazisinin sahip olduğu siyasal program aynı noktada buluşmaktadır.¹⁸² Başka bir ifadeyle, hukuk devleti kavramı, burjuvazinin bir tasarımıydı; onun ulus devlet anlayışının önemli bir parçasıydı ve onun ekonomik çıkarlarını korumak bakımından çok uygundu.¹⁸³

Devlet-sivil toplum düalizmine dayanan liberal insan hakları yaklaşımı ve devlet felsefesi; devletin dışında onun müdahalesinden bağımsız özel bir alanın varlığını ve bireysel güvenlik ile mülkiyetin dokunulmazlığını tanımayan, bireylerin düşünsel-kültürel ve mesleki-iktisadi gelişimini, devletin ve feodal sistemin izin verdiği sınırlar içine hapseden mutlak monarşiye ve onun üzerinde yükseldiği bireylerin değil, çeşitli güç odaklarının etkin olduğu toplumsal bir sisteme karşı yürütülen burjuva mücadelesi sonunda ortaya çıkmıştır. Burjuvaziye göre, refah ve adalet, eşitlik ve özgürlüğe dayalı toplumsal yapıda kendiliğinden ortaya çıkacaktır. Böylesi bir düzende sadece bireysel girişim ve yetenekler özgürlük kazanmaz; aynı zamanda bireyler arasındaki ilişkiler, yine onlar tarafından belirlenerek menfaatler dengesi, merkezi devletin müdahale edemeyeceği bir konuma kavuşur.¹⁸⁴ Devlet, artık sadece bireylerin özgürlüklerini gerçekleştirerek uyum içine almayı sağlayacak önlemleri almak için var olacaktır.¹⁸⁵ Devlet, başlangıçta kişi özgürlüğü ve güvenliği olmak üzere, özel mülkiyet, sözleşme özgürlüğü, teşebbüs ve mübadele özgürlüğü doğrultusunda ortaya çıkan liberal özgürlük anlayışı¹⁸⁶ çerçevesinde, bunları karşılayan ve çeşitli mekanizmalar aracılığı ile sıkı denetim altına alınmış bir kurum niteliğini kazanacaktır.¹⁸⁷ Devlet, artık kamu yararını hem maddi olarak tanımlayıp onun içeriğini belirlemek hem de bunu emredici şekilde hayata geçirmek yetkisini de kaybetmiştir. Bu da bir dönüşümü ifade etmektedir.¹⁸⁸ Ortaya çıkan bu yeni sosyal düzende; toplum mümkün olduğunca özerk, siyasi iktidardan kaynaklanan kamusal yetkiler sınırlı; özgürlük asıl, sınırlandırılması ise istisnaidir. Bu yönüyle hukuk devleti

¹⁸² Sancar, 2000 (c), s. 35.

¹⁸³ Özlem, 2000-2001, s. 18.

¹⁸⁴ Sancar, 2000 (c), s. 38.

¹⁸⁵ Sancar, 2000 (c), s. 39.

¹⁸⁶ Belirtmek gerekir ki, klasik liberalizmde, hukuk devleti mevcut hukukun sınırları içinde bir özgürlük olarak algılanıyordu. Demokratik bir hükümet olabilmenin ilk şartı da, yöneticilerin mevcut hukuka tabi olmasını gerektiriyordu. Liberalizm ve hukuk devleti arasındaki ilişki hakkında geniş bilgi için bkz. TÜRE, İlknur, “*Liberalizm ve Hukuk Devleti Arasındaki İlişkinin Değişen Seyri*”, KHHHD, Sy.59-60, s. 185.

¹⁸⁷ Schmitt, 2008, s. 120.

¹⁸⁸ Sancar, 2000 (c), s. 39.

aslında, taşıdığı potansiyel nedeniyle otoriter bir nitelik kazanarak bir baskı mekanizması/aygıtı haline dönüşmesi riskine karşı devlet iktidarını, etkili ve kesin bir şekilde sınırlayıp hukuksal bir çerçeveye almaya çalışmaktır.

Hukuk devleti, sahip olduğu yetkilerin içerik ve sınırları belli olmayan devlete karşı duyulan güvensizliğin bir diğer ifadesidir.¹⁸⁹ Bu yeni toplumsal düzende devlet ile toplum arasındaki sınır insan hakları üzerinden belirlenip çizilecektir. Devletin iktidarı hukukla çerçevelenerek bireysel özgürlükler güvence altına alınacaktır. Devlet hukuk normları sistemine tabi kılınmıştır hatta bunlarla özdeş olarak da görülür; öyle ki, devlet norm ya da hukuksal usulün kurumsal hale gelmesidir.¹⁹⁰ Başka bir ifadeyle modern devlet, bütün örgütlenme ve kamusal yetkiye dayalı faaliyetini hukuka atfen gerçekleştiren; kurumsal kimliğini hukuk üzerinden inşa eden bir devlet şeklidir. Hukuk, devlet iktidarının hem özünü hem de meşruluk kaynağını oluşturmaktadır. Böylelikle hukuk, tüm devlet faaliyetlerinin bir kesitini oluşturmaktadır. Bu nedenle hukuk devletinde, hukuk tarafından tanımlanıp düzenlenmemiş, bir devlet yetkisi ve faaliyeti söz konusu olamaz.

Özetle belirtmek gerekirse olumsuz özgürlük temelinde tanımlanan hukuk devleti, kapitalist üretim tarzının gelişme sürecinde ona hız kazandırıp çeşitli imkânlar sağlayan ve onu koruyan bir siyasal düzenin hukuksal-kurumsal ifadesi olup¹⁹¹, liberalizmin bir ürünüdür.¹⁹² Çünkü hukuk devleti olmaksızın bireylerin çeşitli saldırı ve baskılardan korunması; yöneticilerin keyfî hareketlerinin engellenmesi mümkün değildir.¹⁹³ Eşitlik ve özgürlük idealleri doğrultusunda bireyi, devlet karşısında korumak, güçlendirmek¹⁹⁴ ve onu, kamu gücü karşısında çeşitli hakları olan bir hukuk öznesi konumuna yükseltmek¹⁹⁵ amacına göre kurgulanmıştır.¹⁹⁶

¹⁸⁹ Chevallier, 2010, s. 49.

¹⁹⁰ Schmitt, 2008, s. 120.

¹⁹¹ Sancar, 2000 (c), s. 39.

¹⁹² ARSLAN, Zühtü, “Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlükler Sarkacı”, İçinde: Anayasa Teorisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s.67.; Özlem, 2000-2001, s. 17.

¹⁹³ Türe, s. 186.

¹⁹⁴ Özlem, 2000-2001, s. 17.

¹⁹⁵ SANCAR, Mithat, “Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti”, DBD, Hukuk ve Adalet Özel Sayısı, Yıl:4, Sy.13, 2000-2001, s. 36.

¹⁹⁶ Özlem, 2000-2001, s. 17.

c. Hukuk Devleti-Polis Devleti Ayrımı

Polis devleti, Kıta Avrupasında ve özellikle de Almanya’da XVII ve XVIII. yüzyıllarda ortaya çıkan,¹⁹⁷ devlet iktidarı ve bundan kaynaklanan yetkilerin tek elde toplandığı rejimleri belirtmek üzere kullanılan bir kavramdır. Tarihsel süreçte mülk devlet ile hukuk devleti arasında bir dönemde geçerli olan bu devlet anlayışına karşı bir tepki olarak da hukuk devleti doğmuştur. Bu yönüyle hukuk devleti ilkesi, mülk devleti ve polis devletinden sonra ortaya çıkarak, bireysel özgürlükleri devlete karşı güvenceli hale getirme açısından son derece önemli tarihsel bir konuma ulaşmıştır. Kavramda adı geçen polis, kolluk kuvveti anlamında olmayıp Eski Yunan’da geçerli olan anlamına yakın olarak idare-devlet¹⁹⁸ ve bu düzen içindeki kamu gücü¹⁹⁹ anlamında, özellikle de kamunun refah ve düzenini sağlamaya yönelik tüm devlet faaliyetleri anlamında kullanılmaktaydı.²⁰⁰ Kısacası polis kavramı, hiçbir sınır ve denetime tabi olmayan kamu gücü anlamında kullanılıyordu. Bundan dolayı da Almanya’da mutlak hükümdarlık rejimi polis devleti olarak adlandırılmıştır.²⁰¹

Otoriter ya da keyfi bir devletten farklı olarak polis devleti de belli bir ölçü ve içerikte hukuka yer verir. Hiçbir kurala dayanmayan devlet idaresi ve işleyişi söz konusu değildir. Ancak devletin kendisi dinsel nitelikli kuralların dışında bu hukukla bağlı değildir.²⁰² Hukukun egemen bir devleti bağlayan bir araç olmaması, modern çağın başında Jean Bodin ve Thomas Hobbes gibi düşünürler tarafından savunulan ve Avrupa kamu hukuku anlayışının temelini oluşturan bir yaklaşımdır. Onlara göre, bir devlet egemen ise kendi koyduğu kurallara bağlı değildir ve bu, onun egemen olmasının en önemli sonucudur. Egemen güç, istese de kendi hareket alanını sınırlayamaz. Hukuk kuralları devlete değil, vatandaşlara yönelik kurallardır.²⁰³ Bu

¹⁹⁷ Akad/Dinçkol, 2009, s. 315

¹⁹⁸ Akad/Dinçkol, 2009, s. 315.

¹⁹⁹ GÖZÜBÜYÜK, Şeref/ TAN, Turgut, İdare Hukuku, Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, C.I, Ankara 1998, s. 29.

²⁰⁰ GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, Yenilenmiş 5. Baskı, Ankara 2002, s.36; GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, Ekin Yayınevi, Güncelleştirilmiş ve Düzeltilmiş 2. Baskı, C.I, Bursa 2009, s. 121.

²⁰¹ Gözler, 2009, s. 121.

²⁰² Gözübüyük/Tan, 1998, s. 29.

²⁰³ Ayrıntılı bilgi için bkz. BODİN, Jean, “Devlet Üstüne Altı Kitap’tan Seçme Parçalar”, Çev: M. Tunçay, Batıda Siyasi Düşünceler Tarihi, Seçilmiş Yazılar II, Yeni Çağ, Der.: Mete Tunçay, AÜSBF Yayınları, Ankara 1969, s. 95-98.; HOBBS, Thomas, Leviathan, Çev.: Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları, 6. Baskı, İstanbul 2007, s. 131-139.

kurallar yönetenleri, yönetilenlere karşı bağlamaktan uzak olup iki grup arasındaki ilişkileri özgürlükler temelinde belirleyecek şekilde düzenleyen hukuk kuralları yoktur.²⁰⁴

Polis devletinde de yukarıda nitelikleri belirtilen bir hukukun varlığı karşısında, hukuk devleti ilkesinde de geçen ve doktrinde de tartışmalı bir kavram olan hukukun ne olduğu sorusunun cevabı büyük önem kazanmaktadır. Doktrinde, siyasal bir örgütlenme olarak her devletin bir hukuksal düzen olduğu ancak bunun tersinin doğru olmadığı başka bir ifadeyle, ancak belli niteliklere sahip olan hukuk düzenlerinin bir devlet olduğu belirtilmektedir. Devlet ile hukuk arasında gerçek bir ayırım olmadığını savunan bu görüşe göre, hukuku oluşturan normların ihdas edilip uygulanması için belli bir merkezileşme aşamasına ulaşmış uzmanlaşmış organlar var ise bu hukuk düzeni bir devlet sayılabilir. Devlet, göreceli olarak merkezileşmiş bir hukuksal düzendir.²⁰⁵ Bir bakıma devletin olmadığı yerde hukuku yok sayan bu görüşe, devletin henüz olmadığı dönemlerdeki toplumlarda da norm-uygulama ilişkisinin gözlemlendiği, hukuku devletle tanımlamaya kalkmanın söz konusu ilişkinin varlığına rağmen bu toplumlarda hukuk olmadığını ve tarihsel süreç içerisinde insanlığın büyük bir bölümünün hukuk dışı kaldığını kabul etmek gibi yanlış bir sonuca götüreceği gerekçesiyle karşı çıkılmakta²⁰⁶ ve bu kabulün, devleti aşan bir olgu olarak siyasal iktidar kavramıyla da bağdaşmadığı, devletli ya da değil her toplumun siyasi olduğu ölçüde aynı zamanda hukuki de olduğu belirtilmektedir.²⁰⁷

Ayrıca, norm-uygulama ilişkisinde ortaya çıkan sorunları gerektiğinde zor ve baskı araçlarını devreye sokarak çözen bir düzen olarak hukukun, VIII. yüzyıldan önce ortaya çıktığı dolayısıyla, toplumsal ilişkileri düzenleyen normları ihdas edip uygulayan gerektiğinde de baskı ve zor kullanan siyasal iktidar tiplerinden hareketle,

²⁰⁴ Günday, 2002, s.37; Akad/Dinçkol, 2009, s. 315.

²⁰⁵ Kelsen, Hans, ‘*Saf Hukuk Kuramı: Devlet ve Hukuk Özdeşliği*’, İçinde: Devlet Kuramı, Der.: Cemal Bali Akal, Dost Kitapevi Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 425,429.

²⁰⁶ AKAL, Cemal Bali, “*Hukuku Devletle Tanımlamanın ‘Çaresiz Pozitivizm’i*”, GHD, Sy.87, 2011, s. 12-13.

²⁰⁷ Akal, 2014, s. 325.

hukuku ve hukuk devletini tanımlamanın mümkün olmadığı gibi devleti tanımlamanın da mümkün olmadığı vurgulanmaktadır.²⁰⁸

Yukarıda belirtilmiş olan, devletin bir hukuk düzeni olduğunu peşinen kabul eden görüşün doğal sonucu olarak da her devlet, zaten bir hukuk devletidir. Herhangi bir devleti hukuk devleti olarak tanımlamak yersiz bir olgudur.²⁰⁹ Ortada bir devlet varsa o zaten hukuk devletidir. Çünkü, bir devletin önce bir hukuk yaratıp sonra da yaratmış olduğu bu hukuka tabi olması geleneksel öğretinin savunduğu bir şey olup böyle bir süreç hiç yaşanmadığı gibi yaşanması da mümkün değildir. Devlet, kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilen ve bir tüzel kişi olarak devlete atfedilebilen eylemlerde vardır. Böyle bir atıfta ancak ve ancak bu eylemleri düzenleyen hukuksal normların dikkate alınmasıyla mümkün olup devletin bir hukuk yarattığını iddia etmek, hukuk uyarınca eylemleri devlete atfedilen insanların hukuk yarattığını kabul etmekle eş anlamlıdır. Oysaki bu kabul, hukukun kendi yaratılışını kendisinin düzenlediği anlamına gelir.²¹⁰ Olması gereken yerine mevcut olanı inceleme ve hukuku sahip olduğu bir takım unsurlardan soyutlayarak tanımlama amacıyla 'saf bir hukuk teorisi' yaratan²¹¹ yukarıda belirtilen bu görüşlerin sahibi Kelsen dahi, demokrasi ve hukuk güvenliği taleplerinin hayata geçirildiği bir devlet ve hukuk düzenini diğerlerinden ayırma gereğini duymuş, böylesine merkezileşmiş hukuk düzenleri için hukuk devleti kavramının kullanılması gerektiğini belirtmiştir. Ona göre, halkın seçtiği bir parlamento tarafından ihdas edilen normların yargı ve yürütmeyi bağladığı, yürütmenin eylem ve işlemlerinden sorumlu, yargının bağımsız olduğu, bireylerin başta düşünce ve inanç özgürlükleri olmak üzere özgürlüklerin güvence altına alındığı bir toplumsal hayatı yaratan hukuk düzeninin hakim olduğu devlet, bir hukuk devletidir ve belli bir siyasal değeri ifade etmektedir.²¹² Kelsen bir hukuk düzeni olarak gördüğü devletin, hukukla yönetilmesine ve bir takım normlar üretmesine rağmen sadece bundan dolayı hukuk devleti niteliğini kazanamayacağını bunun bir tabii hukuk ön yargısı olduğunu düşünmesine rağmen kabul etmektedir.

²⁰⁸ ÖZENÇ, Berke, Hukuk Devleti Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi, İletişim Yayınevi, İstanbul 2014, s. 171.

²⁰⁹ Kelsen, 2005, s. 450.

²¹⁰ Kelsen, 2005, s. 450.

²¹¹ Özenç, 2014, s. 172.

²¹² Bkz. Kelsen, 2005, s. 451, 456.

Doktrinde, yukarıda belirtilen görüşleri nedeniyle hukuk devleti ilkesinin izlerini Kelsen'de bulmanın mümkün olduğu belirtilmektedir.²¹³ Buna göre, hukuk devleti ilkesinin en önemli niteliği, siyasi iktidarın kanunla ya da hukukla sınırlandırılması olup bu, modernite öncesi hukuk teori ve uygulamasından ayrılan ayırt edici özelliği oluşturmaktadır. Modernite öncesinde kanun ya da hukuk düzeni tüm bireylerin menfaatlerini koruyan hukuksal güvenceleri oluşturup kurumsallaştırmak yerine hukuk düzeninin sağlayacağı istikrar unsuruyla üst sınıfların egemenliğindeki iktidar yapısının korunmasına hizmet etmektedir. Dolayısıyla siyasi iktidarın sınırlandırılması kanun ya da hukukun ilgi alanı değildir. Başka bir ifadeyle, bu dönemde herkes için değil ayrıcalıklı sınıflar için var olan bir hukuk anlayışı söz konusu olup²¹⁴ hukuk, iktidar sahiplerinin ya da yöneticilerin açık ya da örtülü olarak ifade edilen iradesinin bir ifadesidir.²¹⁵ Hukukun yaratıcısı sosyal gerçeklik değil siyasal otoritedir.²¹⁶ Yöneticiler kendilerinin ya da öncesindekilerin yapmış oldukları kanunların üzerindedir.²¹⁷ Egemen gücün her türlü kararı hukuktur.²¹⁸ Bu nedenle de adildir.²¹⁹

Söz konusu bu anlayış pozitivist bir yaklaşım²²⁰ olup adalet ve kanunların geçerliliği eş kavramlar olarak görülmektedir. Önceden belirlenmiş usullere uygun olarak ortaya çıkmış olan hukuk kuralı geçerli, geçerli olduğu için de adildir. Hukuki pozitivism, yürürlükteki hukukun başta insan hakları bakımından taşıdığı özellikler olmak üzere içeriğine ilişkin kayıtsız bir tavrı söz konusudur.²²¹ Polis devletinde yer alan hukuk da bu nitelikte başka bir ifadeyle, pozitivist bir hukuktur.

²¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Özenç, 2014, s. 173.

²¹⁴ Özenç, 2014, s. 173.

²¹⁵ GIERKE, Otto, "*Orta Çağ'da siyasi kuramlar:Devlet ve hukuk*", Çev.: Olgun Akbulut/Emre Zeybekoğlu, İçinde: Devlet Kuramı, Der.: Cemal Bali Akal, Dost Kitapevi Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2005, s.132

²¹⁶ BOBBIO, Norberto, "*Kelsen ve Hukukun Kaynakları*", Çev.: Bige Açımız, İçinde: Devlet Kuramı, Der.: Cemal Bali Akal, Dost Kitapevi Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 460.

²¹⁷ Gierke, 2005, s. 132.

²¹⁸ AKTAŞ, Sururi, "*Positivist Hukuk Kavramı Üzerine Eleştirisel Bir Refleksiyon*", AÜEHFD, C.IV, Sy.1-2, 2000, s. 264.

²¹⁹ KEYMAN, Selahaddin, "*Hukuki Pozitivism*", AÜHFD, C.35, Sy.1-4, 1978, s. 30.

²²⁰ Hukuki pozitivism göre, hukukun teknik sorunları felsefi sorunlardan tamamen ayrıdır. Hukuk kurallarının yararlı ya da yararsız, iyi veya kötü olmasının herhangi bir önemi yoktur. Bu türden bir değerlendirme siyasetin konusudur. Önemli olan; etkiliktir. Hukuki pozitivism ve türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖKTEM, Niyazi, "*Hukuksal Pozitivism Akımı*", İÜHFM, C. 43, Sy.1-4, 1977, s. 277 vd.

²²¹ Keyman, 1978, s. 30.

Söz konusu bu anlayışın değişimi ile hukukun siyasi iktidarı sınırlandırma yönündeki dönüşümü paralel bir nitelik arz etmektedir. Aynı dönüşümü doğal hukuk kuramlarında da görmek mümkündür. Süreç içinde, doğal hukuk, içeriği nasıl oluşturulursa oluşturulsun, ister dünyevi ister ilahi bir temel üzerinde yükselsin önemli olmaksızın siyasi iktidarın iradesinin üzerinde yer alan ve bu iradeyle çeşitli nedenlerle çatışması halinde, üstün olması nedeniyle önceliğe sahip olan ilke ve normların bütünü olarak anlaşılmaya başlamıştır.²²² Öyle ki pozitif hukuk kendi içeriğini oluşturan ilke ve normlara bütünüyle aykırı olsa ve bu nedenle de hiç uygulanma şansı olmasa dahi hukuk olarak var olmaya devam eder.²²³ Bu yönüyle, siyasi iktidarın ve modern toplumda egemen gücün iradesi ve onun pozitif hukuku ile çatışabilen, bütün bunların üzerinde olduğu iddia edilen ilke ve normlar doğal hukuku oluşturmaktadır.²²⁴ Başka bir ifadeyle, günümüzde doğal hukukun içeriğini akıl ve ahlak yasalarıyla ulaşılan bir hukuk yerine, insanlık ailesinin ulaşmış olduğu çağdaş insan hakları temelinde şekillenen bir hukuk oluşturmaktadır. 1982 Anayasası'nın insan haklarına ilişkin öncelik kaydı içeren 90/4. maddesi de bunun en güzel örneğini teşkil etmektedir. Bu süreçte devlete de iradeci pozitivistlerin belirttiği gibi egemenlik gücüne dayanarak başka bir ifadeyle kanunları aracılığıyla insan hakları temelinde şekillenmiş bir toplumsal yapıyı oluşturup devam ettirmek görevi düşmektedir.²²⁵

²²² Özenç, 2014, s. 174.

²²³ Akal, 2015, s. 29.

²²⁴ Özenç, 2014, s. 174.; Tabiat halinde eşit ve özgür bir şekilde yaşayan bireylerin bu durumun çeşitli dezavantajlarından kurtulmak amacıyla toplumsal bir sözleşme çerçevesinde ve iradi bir şekilde sivil toplum halinde yaşama geçtikleri temelinde şekillenen doğal hukukun diğer hukuk kuramlarından özellikle de pozitivizmden ayrılan en önemli özelliği, meşruluğunu bu kurgusal sözleşmeden alan siyasi iktidarın bireylerin belli haklarını güvence altına almak zorunluluğunda olmasıdır. Böylelikle hukukun siyasi iktidarı, bireysel hak ve özgürlükler çerçevesinde sınırlandırma fonksiyonu ortaya çıkmıştır. Özenç, 2014, s. 175.; Spinoza, bireylerin önceden sahip oldukları hakları sözleşmeyle devretmekle aslında bir toplum ya da modern hukuku yaratan güç olarak özerkleştiklerini belirtmektedir. AKAL, Cemal Bali, Varolma Direnci ve Özerklik Bir Hak Kuramı İçin Spinoza'yla, Dost Kitapevi Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2010, s. 88.; Bu süreç, her ne kadar kapsamlı olarak düzenlenmemiş ve sadece bazı haklar üzerinde yoğunlaşmış olsa da (Örneğin Hobbes ve Rousseau'nun kuramlarında sözleşmeyle güvence altına alınan, güvenlik ve düzenin sağlanması çerçevesinde bireysel güvenlik hakkı iken Locke'nun kuramında mülkiyet hakkıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, 2007, s. 56-58.) aslında insan hakları kavramının gelişimine işaret etmekte olup insan hakları temelini, doğal hukuk kuramlarıyla şekillenen bu kurgusal sözleşmeden almaktadır. Özenç, 2014, s. 175.

²²⁵ Hukuki pozitivizmin geçmişteki, egemenlik yetkisi kullanan görevlilerin kamunun menfaatleri bakımından doğru olarak kabul ettiği herşeyi hukuk olarak sunmasının, kanun biçiminde olmak şartı ile her türlü adaletsizlik ve vahşeti hukuk diye görmesinin, toplama kamplarındaki kitlesel ölümlerin kanuni temeli olduğunu savunmasının kuramsal nedeni olan, hukuku bir irade ürünü olarak görme ve önceden belirlenmiş usullere göre çıkartılan kanunları, içeriklerini dikkate almaksızın hukuk sayma anlayışı değişmekte hukukun sadece biçimsel ve emredici görüşünü reddeden ve hukuk biliminin

Diğer taraftan zaman içinde, devlet iktidarının sınırlanması ve denetimi yönündeki bu gelişmelerle birlikte polis devletinde de sadece bireylere yönelik yasak ve ödevlerden ibaret olan hukuk da nitelik değiştirmiş, devlet-birey ilişkilerinde devlete karşı hakları ve denetim imkânlarını da içeren bir yapıya kavuşmuştur.²²⁶ Devlet, hukuk devletiyle birlikte gerek söz konusu ilişkide gerekse bireylerin statülerini ilgilendiren her konuda, önceden var olan genel kurallar ve normlar üzerinden işlemeye başlamıştır. Söz konusu gereklilik de asıl fonksiyon ve anlamını idare bağlamında kazanmaktadır. Hukuk devletini polis devletinden ayıran en önemli unsur da anılan bu temel ilkedir.²²⁷ Bu yönüyle idari yargı, hukuk devletinin gelişim sürecinde önemli bir aşama olup²²⁸ hukuk devleti, doktrindeki ifadeyle idari işlemlerin yargısal denetimi ile başlamış; idari işlemlerin dayanağı olan kanunların, anayasaya uygunluk denetimi ile de gelişmiştir.²²⁹ Türk Hukuku'nda da benzer bir süreç yaşanmıştır. Kavram, önce İdare Hukuku doktrini tarafından ele alınmış; Danıştay kararlarıyla hayata geçirilmiştir. Danıştay daha 1948'li yıllarda vermiş olduğu kararlarında bütün idari işlemlerin yargısal denetime tabi olmasını hukuk devletinin temel niteliği olarak görmüştür.²³⁰

Diğer taraftan hukuk devletini, idarenin yargı denetimine tabi olduğu devlet olarak tanımlayan görüşler de bulunmaktadır.²³¹ Buna göre hukuk devletinin üzerinde yükseldiği temellerden biri olan özgürlüğe karşı en doğrudan tehlikeyi oluşturabilecek tutum ve davranışlar 'yürütme' üst başlığı altında idareden gelir.²³² İdarenin yargısal denetimi bu yönüyle oldukça önemlidir. Özgürlük düşüncesi bir toplumda ne kadar güçlü ve yerleşik; kamusal nitelikteki yetki ne kadar kamu

içine yeniden ahlaki ölçüler sokan bir düşünce akımı gelişim içindedir. Bu düşünce akımının temel gerekçesi, hukuki pozitivizmin, kanun biçiminde olduğu sürece her türlü haksızlığı meşru kabul etmesidir. Öyle ise, hukuki pozitivizm doğrultusunda bir adalet anlayışına değil de, değere yönelik bir adalet kavramına ulaşmak gerekmektedir. Keyman, 1978, s.36. Söz konusu değeri de insan hakları oluşturmaktadır.

²²⁶ SANCAR, Mithat, “*Hukuk Devletinin Geleceği Açısından İdari Yargı*”, içinde: 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Danıştay Yayınları, No: 59, Ankara 2000, s. 76.

²²⁷ Chevallier, 2010, s. 11.

²²⁸ Caniklioğlu, 2008, s. 17.

²²⁹ Kaboğlu, 2010, s. 402.

²³⁰ BALTA, Tahsin Bekir/ KUBALI, Hüseyin Nail, “*Türkiye’de Hukuk Devleti Anlayışı*”, AÜSBFD, C.XV, No:3, 1960, s. 5; Bu yöndeki kararlardan bir tanesi için bkz. Danıştay Karar Dergisi, C.50-53, 1950, s. 112.

²³¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Schmitt, 2008, s. 125.

²³² Strauss, 1993, s. 97.

yararını gerçekleştirmek amacıyla kullanılırsa kullanılsın, doğası gereği özgürlük alanına taşma eğilimi gösterir ve özgürlüğün temelini zamanla zayıflatır. Ülkemizde Danıştay örneğinde de olduğu gibi idari yargı kurumları, bu gibi tehditlere karşı yargısal koruma fonksiyonunu yerine getirerek bireysel özgürlükler bakımından güvenceli bir ortam oluştururlar.

Yargının iki önemli fonksiyonu olan, sübjektif nitelikteki bireysel hakların gerçekleşmesini sağlayan hukuksal koruma ile objektif hukuk düzeninin korunmasını sağlayan yargısal denetim, idari yargıda, iç içe geçmiş durumdadır. İdari yargı birinci fonksiyonuyla temel hak ve özgürlükleri idareye karşı korumakta iken ikinci fonksiyonu ile de kanunun ve kanun koyucunun başka bir ifadeyle yasama organının üstünlüğü ilkesini hayata geçirerek hukuk devletine önemli katkılar sağlamaktadır.²³³ Hemen belirtilmelidir ki, hukuk devleti bakımından önemli olan husus, yürütme-idarenin eylem ve işlemlerinin bağımsız yargı organlarınca denetlenmesidir. Bu denetim sağlandıktan sonra, denetimi yapan mahkemenin genel mahkeme veya idare mahkemesi olması hukuk devleti bakımından herhangi bir öneme sahip değildir.²³⁴ Diğer taraftan kanuni idare²³⁵ ilkesine göre teşkilatlanan bütün ülkelerde idari otoritelerin işlemleri idari yargı aracılığıyla denetlenirken hukuk devleti açısından önemli olan; söz konusu makamların uyuşmazlık konusu idari işlemi yapmaya yetkili olup olmadıkları değil, işlemin hukukun gereği olup olmadığıdır. Başka bir ifadeyle önemli olan; işlemin, bireyin hakları bakımından taşımış olduğu içerik, özdür. Kıta Avrupa'sında idare mahkemelerinin kurulduğu ilk zamanlarda yargısal denetim, 'yetki' alanında gerçekleşmiş buda idari bir despotizme yol açmıştır.²³⁶

Polis devletinde tümüyle devlet iktidarını tesis edip kuvvetli bir şekilde devam ettirmek bakımından bir araç niteliği taşıyan ve deyim yerindeyse iktidarın bireylere karşı haklarının bir ifadesi niteliğinde olan hukuk, yürütme ve idare için herhangi bir sınırlama aracı olmanın çok uzağında olup gerek içerik gerekse uygulama bakımından çeşitli şekil ve düzeylerde iktidar yetkisi kullananların

²³³ Sancar, 2000 (i), s. 77.

²³⁴ ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınevi, 4. Baskı, Ankara 1995, s. 91.

²³⁵ Söz konusu ilke, idarenin önceden kanun ile düzenlenmemiş bir alanda faaliyette bulunmayacağı, mutlak surette kanundan aldığı bir yetkiye dayanması gerektiğini ifade etmektedir. Buna göre, kanun olmayan bir yerde idare de yoktur. İdare yasama organı devreye girmeden bağımsız olarak faaliyette bulunamaz. Gözler, 2009, s. 136.

²³⁶ Dicey, 2008, s. 93.

iradesine dayanmaktadır. Polis devleti kendisini, sadece toplumsal düzeni sağlamak ve oluşabilecek kaosları önlemek üzerine kurguladığından hukuk dışı uygulamalara başvurma hakkını kendisinde var olarak görür;²³⁷ özgürlük hassasiyeti taşımaksızın her türlü önlemi alır bu nedenle de hukukla sınırlanmak istemez. Yalnızca kamu yararı gözetilen normlara dayalı hukuku olan ancak bu hukukla bağlı olmayan polis devletinde,²³⁸ idarenin keyfi hareket etmesi ve bu nedenle bireysel özgürlüklerin tehdit altında olması kaçınılmaz bir durum olmaktadır. Hukuk devletinde hukuk, bir araç olmayıp devlet iktidarını hem sınırlandırarak hem de faaliyette bulunmasına izin vererek ikili bir fonksiyonu yerine getirmektedir.²³⁹

Kıta Avrupası'nda Fransız Devriminden sonra yaşanan süreçte, devletin tüm faaliyetlerinde hukuka uygun davranarak sınırlanması düşüncesi, polis devletinden hukuk devletine geçişte çok önemli bir rol oynamıştır. Hukuk artık egemen gücün yetki ve faaliyet sınırlarını çizmektedir. Hukuk devleti mutlak egemenliği değil, sınırlı egemenliği ifade etmektedir.²⁴⁰ Hukukça çerçevelenip bu şekilde düzenlenen devlet ve onun farklı organları, ancak hukukun öngördüğü alanlarda ve ölçüde hareket edecek ve ancak onun izin verdiği araçları kullanabilecektir.²⁴¹ Özetle belirtmek gerekirse; *“böylece hukuk, bir yandan idarenin hareket etmesine izin verirken diğer yandan da onu sınırlandırarak, idare için ikircikli bir karakter taşır. Dolayısıyla hukuk devleti, idarenin bir kurallar bütününe (idareyi sınırlandıracak bir şekilde kendini dayatan dışsal ve üstün bir kurallar bütününe) boyun eğdirilmesidir. Bu kurallar idareye hareket etme yetkisi verir ve idarenin kullanabileceği araçları da belirler: İdare bu kurallar tarafından açıkça öngörülmemiş hiçbir şeyi dayatamaz ve yönetilenler bu kuralları çiğneyen idari işlemin iptali, düzeltilmesi ya da uygulanmaması için idari yargı yoluna başvururken yine bu kurallara dayanabilirler.”*²⁴²

²³⁷ Özlem, 2000-2001, s. 11.

²³⁸ BRAUD, Philippe, “Devlet:Hukuki Öğretinin İkilemleri”, Çev.:Gülçin Balamir Coşkun, İçinde: Devlet Kuramı, Der.: Cemal Bali Akal, Dost Kitapevi Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 373.

²³⁹ Chevallier, 2010, s. 11.

²⁴⁰ UYGUN, Oktay, “Türk Anayasa Hukuku Geleneğinde ve Özbudun Anayasa Taslağında Hukuk Devleti Anlayışı”, İçinde: Kamu Hukuku İncelemeleri, Der.: Oktay Uygun, XII Levha Yayınları, İstanbul 2011, s. 386.

²⁴¹ Kaboğlu, 2010, s. 396.

²⁴² Chevallier, 2010, s. 11-12.

2. Hukuk Devleti Anlayışları (Maddi-Biçimsel Hukuk Devleti)

İnsanoğlu güce sahip olmak isteğiyle bunu sağlayacak mekanizma olan iktidarı elde tutmak; mümkün olduğunca paylaşp sınırlamamak amacıyla bir takım arayışlar içine girmiştir. Söz konusu bu düşüncenin hakim olduğu birey-devlet ilişkisi Hobbes ile başlamıştır.²⁴³ Ancak zamanla bu nitelikteki arayış ve bu çerçevede başvuru yollar toplumsal yaşamı tehdit eder boyutlara ulaşınca bir takım çözümler üzerinde düşünölmeye başlanmıştır. Devlet ile ilgili pek çok felsefi ve siyasi tartışmada, değişik bağlam ve ilgiler içinde devleti belli bir çerçevede tutma düşüncesinin başlangıç izleri bulunmaktadır.²⁴⁴ Diğer taraftan Levithan, hangi nedenlerle hangi nitelikte yaratılmış olursa olsun asıl sorun; Levithan ile birey ilişkisinin birey lehine düzenlenmesi; bilim-kurgu deyimiyle belirtmek gerekirse dünyayı Levithan denen canavardan kurtarma sorunudur.²⁴⁵

Bu süreçte devleti özgürlüklerin en büyük düşmanı olarak görüp onu ortadan kaldırma planlarından devlet olmadan toplumsal bir hayatın var olup devam edemeyecek olması nedeniyle onun katlanılması gereken zorunlu bir kötölük olduğuna varan değişik görüşler ileri sürölmüş, ancak hiç birinin meseleye çözüm getiremeyeceği anlaşılınca da devlet iktidarının sınırlanması ve böylelikle bireysel özgürlüklerin korunmaya çalışılması, kısaca ‘anayasacılık’ olarak formöle edilen düşünce, genel bir kabul olarak ortaya çıkmıştır. Kanaatimizce bu yönöyle anayasacılık, devlet iktidarı ile özgürlükler arasındaki bir uzlaşma; anayasal devlet ise bu uzlaşmanın kurumsal hale gelmesi olarak değeriendirilebilir. Devlet iktidarı ve bireysel özgürlükler bir arada var olacak, ancak her ikisinin de sınırlarını içeriğini çağdaş ve evrensel hukukun oluşturduğu bir anayasa çizecektir. Bunun içinde ilk olarak iktidarın özgürlükler lehine sınırlanması gerekmektedir. İşte bu esaslara dayanan anayasacılık düşüncesini hayata geçirmek için başvuru yöntemlerin ya da araçların başında da hukuk devleti ilkesi gelmektedir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, hukuk devleti düşüncesinde yeni olan şey; söz konusu sınırlamanın, kendi başına bir amaç olmaması, özgürlük yararına

²⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hobbes, 2007, s. 127-131.

²⁴⁴ Sancar, 2000 (c), s. 34.

²⁴⁵ Arslan, 2008 (d), s. 55.

gerçekleşmesini mümkün hale getirecek ilke ve kurumların somut bir görünüm içinde ortaya konmuş ve tek bir kavram altında formüle edilmiş olmasıdır.²⁴⁶ Ancak hukuk devleti kavramsal ve teorik açıdan bir takım sorunları da bünyesinde taşımaktadır. Bu hususta, birbirleriyle sürekli olarak bir mücadele ve tartışma içinde olan iki farklı devlet anlayışının varlığı söz konusudur. Bir tarafta, Hegel'den Carl Schmitt'e uzanan 'maddi/özel' hukuk devleti düşüncesi varken diğer tarafta 'prosedürel/biçimsel' hukuk devleti düşüncesi bulunmaktadır.²⁴⁷ Söz konusu bu ayrım tarihsel bir süreç içerisinde ortaya çıkmıştır. Temelinde devlet eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğu ve yargısal denetime tabi olması düşüncesi olan hukuk devletinin, öncelikle biçimsel boyutu geliştirilip ortaya konmuştur.²⁴⁸ Hukuk devleti özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra büyük bir dönüşüm geçirmiştir. Nazi Almanyası uygulamaları ve savaş sırasında yaşanan insanlık ayıpları, her biçimsel olguda olduğu gibi biçimsel hukuk devleti anlayışının da yetersizliğini net bir şekilde ortaya koymuş, özgürlükler çerçevesinde bir meşruluk sorgulamasını ön plana çıkarmıştır. Kanunilik-yasallık unsuru elbette ki hukuk devletinin vazgeçilmez bir unsurudur. Ancak meşruluğun sadece bu unsur üzerinden inşa edilip edilemeyeceği, biçimsel-maddi hukuk devleti tartışmalarının temelini teşkil etmektedir.²⁴⁹

Diğer taraftan her şeyden önce, o zamana kadar doktrinel bir kavram olan ve kamu hukukunun temel kurucu unsuru olarak kabul edilen hukuk devleti düşüncesi, pozitif hukuktaki yerini almıştır. Almanya bu yönüyle öncü bir rol üstlenmiştir.²⁵⁰ 1949 tarihli Bonn Anayasası maddi ve biçimsel hukuk devleti anlayışının somut bir örneği olarak kaleme alınmıştır. Bu Anayasa'nın 20. maddesinin 3. fıkrasında, "*yasama, anayasal düzene bağlıdır; yürütme ve yargı organları yasa ve hukukla bağlıdır*" ve 28. maddesinde, "*Eyaletlerdeki anayasal düzen, bu Anayasada belirlenen cumhuriyetçi, demokratik ve sosyal hukuk devleti ilkelerine uygun olmak*

²⁴⁶ Sancar, 2000 (c), s. 34.

²⁴⁷ Arslan, 2008 (d), s. 57.

²⁴⁸ YÜCEL, Bülent, "5982 Sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu'nun 1982 Anayasası'nın 'Hukuk Devleti' Anlayışına Etkisi", TBBD, Sy.100, 2012, s. 84.

²⁴⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. SANCAR, Mithat, "Yasallık ile Meşruluk Geriliminde Hukuk Devleti", içinde: Devlet Akli Kıskaçında Hukuk Devleti, Der.: Mithat Sancar, İletişim Yayınları, İstanbul 2000, s. 86.

²⁵⁰ Chevallier, 2010, s. 68.

zorundadır.”²⁵¹ denilmiş böylelikle hukuk devleti düşüncesinin ilk kez bir hukuksal metinde yer alması sağlanmıştır. 28. maddede anayasal düzenin, *cumhuriyetçi, demokratik ve sosyal* niteliği vurgulanarak, md.20/3 de ortaya konan biçimsel anlayışa paralel olarak maddi hukuk devleti anlayışının da anayasal düzenin temeli olarak değerlendirildiği belirtilmiştir. Alman anayasal düzeni özelinde temel haklar vurgusu yapılarak hukuk devleti düşüncesi basit bir teori olmaktan çıkmış, pozitif hukuk sistemine hakim olan, ona yön veren bir ilke haline gelmiştir. Sistem, bir takım kuralların basit bir şekilde bir araya getirilerek eklenmesine indirgenemeyecek niteliğe kavuşmuştur. Terim artık sadece hiyerarşik bir hukuk düzenini değil, aynı zamanda bir haklar ve özgürlükler bütününe çağrıştırır içeriğe kavuşmuştur.²⁵²

Aynı mantık, AK Statüsü’nün 3. maddesinde belirtilen, “*hukukun üstünlüğü ilkesi*” ve “*...herkesin insan haklarından ve temel özgürlüklerden yararlanması*” gerektiğini öngören ilkede devam ettirilmiştir. Artık hukuk devleti, hukuksal normların yapılış sürecinin belli kurallara bağlanması yoluyla devlet iktidarının sınırlandırılması değildir; ama aynı zamanda aslında temel hak ve özgürlüklere, demokrasiye, devletin bu çerçevedeki rolüne ilişkin bir anlayıştır ve bu, hukuk düzeninin temelini oluşturmaktadır.²⁵³

Böylece hukuk devleti, birbirinden ayrılmaz nitelikte olan biçimsel ve maddi yönlerin birbirlerini tamamlayacak şekilde belli bir sistem içinde bir araya getirilmesiyle ortaya çıkan devlet sistemi halini almıştır. Stern bu hususu şöyle ifade etmiştir:” *hukuk devleti, devlet iktidarının, ancak ve ancak, insan onurunu, özgürlüğü, adaleti ve hukuka güvenilirliği güvence altına almak amacıyla ve bir anayasa yoluyla, biçimsel ve maddi açıdan bu anayasaya aykırı olmayan yasalara dayanılarak kullanılabileceği anlamına gelir.*”²⁵⁴ Her iki hukuk devleti anlayışı da aslında, devlet yönetiminde kişilerinin iradesinin değil, hukukun egemen olduğu bir ideali yansıtmaktadır.

²⁵¹ Bkz.

<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%202009-276.pdf>. et.: 02.10.2013

²⁵² Chevallier, 2010, s. 68.

²⁵³ Chevallier, 2010, s. 68.

²⁵⁴ STERN, Karl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1984, s.2 den nakleden, Chevallier, 2010, s. 68.

a. Biçimsel Hukuk Devleti

Biçimsel hukuk devleti anlayışı doktrinde değişik şekillerde adlandırılmakta olup zaman zaman bu devlet anlayışını ifade etmek üzere, ‘prosedüral- usuli hukuk devleti’²⁵⁵, ‘pozitivist hukuk devleti’²⁵⁶, ‘kurumsal hukuk devleti’²⁵⁷, ‘kanun devleti’²⁵⁸, ‘şekli hukuk devleti’²⁵⁹, ‘şekli adalet dayayan hukuk devleti’²⁶⁰, ‘kural kitabına dayalı hukuk devleti’²⁶¹, ‘formalist yaklaşım’²⁶² kavramları kullanılmaktadır.

Devletin kendinden hareketle ve kendi içinden sınırlanması esasına dayanan hukuk devleti düşüncesi; temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahalelere yalnızca kanunlar temelinde veya en azından kanunların belirlemiş olduğu bir çerçevede izin verilmesi, devlet iktidarından kaynaklanan yetkiye dayanan faaliyetlerin öngörülebilir ve hesaplanabilir kılınması, devletin bütün eylem ve işlemlerinin bağımsız bir yargısal denetime tabi tutulması gibi temel ilkelerde somut bir görünüm kazanmaktadır.²⁶³ Bütün bunlar, devlet iktidarının sınırlanması için başvurulacak biçimsel önlemler olarak hukuk devletinin asgari ve vazgeçilmez içeriğini oluşturmakta ve devlet iktidarının denetlenip sınırlanması gibi özgürlükler açısından önemli bir aşamayı temsil etmekte, bu nedenle de aynı önemi bugün için de korumaya devam etmektedir.²⁶⁴

²⁵⁵ Özcan, 2008, s. 200. Neuman, 2008, s. 558.

²⁵⁶ Neuman, 2008, s. 559

²⁵⁷ METİN, Yüksel, “*Avrupa Birliği’nde Hukuk Devletinin Unsurları*”, İçinde: Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Adres Yayınları, Ed: Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/Adnan Küçük, Ankara 2008, s. 578.

²⁵⁸ KÜÇÜK, Adnan, “*Hukuk Devleti Kavramı ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti*”, İçinde: Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Adres Yayınları, Ed: Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/Adnan Küçük, Ankara 2008, s. 352.

²⁵⁹ Uygun, 2011 (a), s. 388.

²⁶⁰ UYGUR, Gülriz, “*Adalet ve Hukuk Devleti*”, AÜHFD, C.53, Sy.3, 2004, s. 33.

²⁶¹ TURHAN, Mehmet, “*Anayasa Yapımında Temel Tartışma Noktaları*” Konulu Sempozyumda Yapmış Olduğu Konuşma, İçinde: AYD, Sy.28, 2011, s. 22.

²⁶² Kaboğlu, 2006, s. 287.

²⁶³ Sancar, 2000 (c), s. 44.

²⁶⁴ Sancar, 2000 (c), s. 44.

a.1. Adalet ve Meşruluk

Meşruluğu sağlamak bakımından, devlet faaliyetlerinin bir kanuna dayanmasını yeterli gören düşünce, biçimsel hukuk devleti anlayışına vücut vermektedir.²⁶⁵ Başta anayasa ve yasalar olmak üzere mevcut hukuk kurallarına, devletin de dahil olduğu bütün hukuk sükelerinin kayıtsız ve şartsız bir şekilde uyması meşruluğun dolayısıyla hukuk devletinin temelini teşkil etmektedir. Devlet, gücünü gerektiğinde bireyler aleyhine kullanabilecek, ancak bunu herkesin ulaşabileceği bir ‘kurallar kitabında’ yer alan yazılı kurallara uygun olarak gerçekleştirecektir.²⁶⁶ Devletin kendisi de sıradan bireyler de kural kitabındaki kuralların niteliği önemli olmaksızın yetkili organlarca değiştirilene kadar bunlara uygun olarak davranmak zorundadır. Söz konusu kuralların içeriği adaletle ilgili olup adalet, hukuk devletinden ayrı bağımsız bir idealdir.²⁶⁷ Kanun adil olması yine kanun olmasından dolayıdır.²⁶⁸ *“Hukuk devleti, hiçbir şekilde devletin hedef ve içeriğini ifade etmez; aksine bunları gerçekleştirmenin tarz ve karakterini tanımlar. Hukuk devleti karakteriyle, yasal düzenin içeriği değil, dokunulmazlığı/mutlaklığı belirlenmiş olur.”*²⁶⁹

Bu anlayışın zorunlu sonucu, devletin hukuk normlarını ihdas ederken başta hak ve özgürlükler olmak üzere dikkate almak zorunda olduğu bir takım değer ve ilkelerin olmayışdır; devlet bu konuda istediği gibi hareket edebilecektir. Hukukun içeriği devletin iradesine göre şekillenmekte; hukuk, meşruluğunu sadece devlet iradesini yansıtır olmasından almaktadır. Başka bir ifadeyle, devletin hukuku, hukuk devleti ile aynı anlama gelmektedir. Aslında söz konusu devlet anlayışı; devletin, kendisi tarafından konulan hukuka uygun davranmasının yeterli olduğu, insan hakları konusunda herhangi bir hassasiyet taşımayan kanun devletini temsil etmektedir.

²⁶⁵ Sancar, 2000 (d), s. 86.

²⁶⁶ DWORCKİN, Ronald, “Siyasi Yargıçlar ve Hukuk Devleti”, Çev.: Kerem Altıparmak, İçinde: Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Adres Yayınları, Ed: Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/Adnan Küçük, Ankara 2008, s. 298.

²⁶⁷ Turhan, 2011 (a), s. 22.

²⁶⁸ Uygur, 2004, s. 31.

²⁶⁹ Friedrich Julis Stahl, Die Philosophie de Rects, II.Cilt, II.Kısım, Rechts-und Staatslehreauf der Grundlage christlicher Weltanschauung, 2. Baskı, Heidelberg 1846, s.106 dan nakleden, Sancar, 2000 (d), s. 86.

a.2. Hukuksal Güvenlik- Kanunilik İlkesi

Tarihsel süreç içerisinde iş bölümü yaygınlaşmış, toplumsal gruplar arasında var olan ilişkiler de giderek karmaşık bir hal almıştır. Bu gelişme, hukukçuların, ‘hukuksal güvenlik’ adını verdikleri, insanların öngörülebilirlik ihtiyacını karşılayan bir olguya ihtiyaç duymaları sonucunu doğurmuştur. Hukuksal güvenlik ancak ve ancak, toplumsal ve ekonomik ilişkilerin öngörülebilirlik özelliğinin güvence altına alınmasıyla mümkün olabilirdi.²⁷⁰ ‘Güvenin korunması ilkesi’, ilgili bireyin hukuki durumunun süreceğine ilişkin güvenini ifade etmekteydi.²⁷¹ Söz konusu öngörülebilirlik, toplumsal, özellikle de ekonomik ilişkilerin bir normda düzenlenmesiyle sağlanabilirdi. Bu amaçla başvurulacak en önemli araç da, burjuva hukuk ve devlet felsefesinin temel unsurlarından biri olarak düşünülen, ‘kanun’ olmuştur.²⁷² Hukuk devletinin biçimsel yönünün ortaya çıkışında yaşanan bu gelişme, Almanya örneğinde görülebilir.²⁷³ İdarenin kanuna tabi olması (idarenin kanuniliği ilkesi), idarenin; hiçbir şekilde kanunlara aykırı davranmamasını (kanunların üstünlüğü), gerek kuruluşunda gerekse faaliyetlerinde mutlaka kanundan kaynaklanan bir yetkiye dayanması gerektiğini belirtmektedir.

Böylelikle kanun temelinde halkın, devlete olan güveni de sağlanmaktadır.²⁷⁴ Söz konusu bu unsur hukuk devleti bakımından o kadar önemlidir ki, örneğin doktrinde, Amerikan Anayasasının kanuniliği düzenleyip öngörmemesine rağmen bunu varsaymış olduğu belirtilmektedir.²⁷⁵ Bir devletin hukuk devleti olarak nitelendirilebilmesi için anayasal devlet bakımından da çok önemli olan, özgürlük alanına yapılacak müdahalenin ancak ve ancak kanuna dayanması; kanunda öngörülen usul ve esaslara uygun olmasıdır. Bu anlamda hukuk devletinde idare, istisnasız bir şekilde kanuna tabi olmalıdır. Söz konusu bu husus, hukuk devletinin “*kalbinde yer almaktadır*”.²⁷⁶ Başlangıçta, mülkiyet hakkına ve kişi özgürlüğüne yapılan müdahalelerde dikkate alınan ‘kanun rezervi’, 1949 Bonn Anayasası ile

²⁷⁰ Sancar, 2000 (c), s. 36.

²⁷¹ OĞURLU, Yücel, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 39.

²⁷² Sancar, 2000 (c), s. 36.

²⁷³ Chevallier, 2010, s. 69

²⁷⁴ Oğurlu, 2003, s. 39.

²⁷⁵ Strauss, 1993, s. 86.

²⁷⁶ Chevallier, 2010, s. 70.

birlikte idarenin tüm eylem ve işlemlerine teşmil edilmiştir. Benzer bir süreç Fransa’da da yaşanmıştır.²⁷⁷ Bu gelişmenin hedefinde, monarşik bir hükümetin tahakküm aracı olan idare, yani asker ve bürokrasi bulunmaktadır.²⁷⁸

Bütün idari faaliyetlerin, özellikle de devlet iktidarından kaynaklanan şiddet tekelinin kullanım tezahürlerini teşkil eden polis, asker gibi silahlı devlet güçlerinin, kanunlara tabi kılınmadığı ve bireysel özgürlük alanına kanunların öngörmüş olduğu usul ve esasların dışında da müdahale edilmesine istisnai olsa da imkân veren, bu tür girişimleri cezasız bırakıp örtülü olarak hoş gören bir devlet, hukuk devleti olarak nitelendirilemez. Bu yönüyle hukuk devleti, ‘yasama’ devletidir.²⁷⁹ Çünkü hukuk devleti, tek tek bireylerin dar anlamdaki hukuki güvenliklerini sağlamaktan daha fazla olarak toplumsal meşruluğu hukuk üzerinden inşa etmek zorundadır. Bu nedenle de idarenin her türlü yönetsel ve özellikle kollukla ilgili faaliyetlerinin kanunlarla çerçevelenmesi gerekmiştir.²⁸⁰ Bunu sağlamak için genellikle anayasalara, yürütme görevinin, Anayasa ve kanunlar çerçevesinde yerine getirileceği; anayasa kurallarının yasama ve yargı organlarıyla birlikte yürütme organını veya idari otoriteleri bağlayacağı şeklinde kurallar konulmuştur.²⁸¹

Diğer taraftan devletin bireylerle olan ilişkisinin, kişisel ve keyfi nitelikteki kararlara göre değil, devlet dahil olmak üzere herkes için geçerli genel kanunlara dayanması gerektiği düşüncesi, aslında maddi hukuk devleti anlayışına geçişte de önemli bir aşamayı oluşturmuştur.²⁸² Bu anlamda hukuk devleti, idarenin iradesinin tüm kamusal ilişkileri belirlediği, bu şekilde ortaya çıkan, sınırları çok geniş bir çerçevede belirlenmiş kararlara dayalı bir devlet yönetimi durumunun tersi bir anlayışı ifade etmektedir. Ayrıca liberal hukuk devleti teorisinde kanunun fonksiyonu, sadece hukuki güvenliği sağlamaktan ibaret değildir; ayrıca bireysel özgürlüğün geliştirilmesinin de kuramsal çerçevesini teşkil etmektedir.²⁸³ Liberal hukuk devletinde geçerli olan, bireysel özgürlüklerin kural olarak sınırsız, devlet

²⁷⁷ Chevallier, 2010, s. 69.

²⁷⁸ Schmitt, 2008, s. 124.

²⁷⁹ Doehring, 2001, s. 212.

²⁸⁰ Özcan, 2008, s. 212.

²⁸¹ MUMCUOĞLU, Maksut, “*Hukuk Devletinde Bağımsız Yargının Yeri ve Bağımsız Yargının Türkiye’de Gelişimi*”, ABD, Sy.2, 1989, s. 264.

²⁸² GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref, Anayasa Hukuku, Turhan Kitapevi Yayınları, 9. Baskı, Ankara 2000, s. 164; Uygun, 2011 (a), s. 387.

²⁸³ Sancar, 2000 (c), s. 36.

iktidarından kaynaklanan yetkilerin ise kural olarak sınırlı ve dolayısıyla öngörülebilir olması düşüncesinin yaşama geçmesi, devlet faaliyetlerinin öngörülebilirliği ile mümkün olacaktır. Hukuk devleti, devletin kamusal yetkiye dayalı eylem ve işlemlerinin önceden açıkça ilan edilmiş bir takım kurallara dayalı olduğu devlettir.²⁸⁴

Bütün devlet faaliyetleri kanuna bağlanmış; devlet gücünün bütün tezahürleri, belli sınırlar içinde az ya da çok ölçülebilir ve öngörülebilirdir.²⁸⁵ Buna, ‘idari faaliyetlerin belirliliği ilkesi’ de denmektedir.²⁸⁶ Böylelikle başta devlet olmak üzere bir kişi ya da meclisin iradesinin, önceden belirlenmiş ve herkes için ortak hükümler getiren normların yerine geçmesi engellenmiş olmakta; normlar oluşacak iradeyi şekillendirmektedir.²⁸⁷ Hukukun himayesinde bir özgürlük ortamı oluşturulmaktadır. Özgürlük, kanunların genellik ve kesinlik ilkelerine uygun olmasına ve takdir yetkisine getirdiği bir takım sınırlamalara dayanmaktadır.²⁸⁸ Hukuk devleti, “*hukuku, iktidarın hali hazır paylaşım örüntüsündeki küçülen rolüyle orantılı şekilde siyasal takdir yetkisi yerine yerleştiren toplumsal iktidar sistemidir.*”²⁸⁹

Hemen belirtmelidir ki, takdir yetkisi sadece hükümetin ya da idarenin belli birimlerinin yetkilerinin sınırı sorunu olmayıp bir bütün olarak idarenin yetkilerini ilgilendirmektedir. Sorun genel olarak, idarenin kapsamı sorunudur. Yönetimin belli amaçları gerçekleştirebilmek için geniş bir takdir yetkisine sahip olması kaçınılmazdır. Ancak burada önemli olan nokta; bireyin ve ona ait hakların, idare tarafından kullanılan bir yönetim nesnesi, idari birimlerin amaçlarına ulaşmak için istedikleri şekilde kullanabileceği bir araç konumuna indirgenmemiş olmasıdır. Bireyi kendine ait bir takım varlıklarını kamu yararı için kullanmaya ikna etmenin yolu onu yönetmekten değil, onun genel kurallara uygun hareket etmesini sağlamaktan geçmektedir. Bu yönüyle takdir yetkisi sorunu, ancak idarenin bireyin özel alanına müdahalesi söz konusu olduğunda gündeme gelecektir. Hukuk devletinde ilke; idari otoritelerin bu anlamda bir takdir yetkisine herhangi bir şekilde

²⁸⁴ Schmitt, 2008, s.125.

²⁸⁵ Ökçesiz, 1994, s. 96; Oğurlu, 2003, s. 39.

²⁸⁶ GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukuna Giriş, Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitapevi Yayınları, 10.Baskı, Bursa 2007, s. 211.

²⁸⁷ Schmitt, 2008, s. 131.

²⁸⁸ Hayek, 2008, s. 52.

²⁸⁹ ÖZCAN, Mehmet Tevfik, “*Hukuk Devleti ve İnsan Erdemi*”, HFSA, 21. Kitap, 2010, s. 129.

sahip olmamasını gerektirir.²⁹⁰ Böylelikle, özgür bir toplumu totaliter bir toplum yapısından ayıran temel fark olarak, kamu alanından farklı ve bağımsız özel bir alanın varlığı ortaya çıkmaktadır. Bu özel alanda vatandaşa emir verilemez, sadece herkes için geçerli olan genel kurallara uyması istenip bu doğrultuda çeşitli tedbirlere başvurulabilir.²⁹¹

Bu yönüyle düşünüldüğünde, hukuk devleti, aslında iktidarın sadece sınırlanıp asgari bir düzeye indirildiği değil, başta kanun olmak üzere çeşitli hukuksal normlarda, sahip olduğu mutlak gücün bu niteliğini kaybettiği bir düzendir. Bu şekilde ortaya çıkan hukuk devleti, bireyler üzerindeki iktidarı sona erdirmeye vaadidir. Çünkü bu modelde, iktidarın kararları, artık bir egemenin iradesinin somut ifadesi değildir. Katı bir emre dönüşen irade, çözülmüş ve parçalanmış; onun yerine genel bir düzenin iradesi, başka bir ifadeyle hukuk normu geçmiştir. Söz konusu irade, yani hukuksal norm, hiç kimseyi hedef alamaz, bir şahsa özgü çıkarılamaz. Sadece düzenler, hiç kimseye gerçek anlamda bir külfet getiremez.²⁹²

Kanunun düzenlemiş olduğu alan itibarıyla içerdiği hususlar ne olursa olsun bir toplumsal hayatta başvuru bir araç olarak bireylerin davranışlarını düzenleyerek yol gösterme fonksiyonunu gerçekleştirip hukuk devletinin inşasında rol alabilmesi için bazı temel niteliklere sahip olması gerekir. Bu anlamda kanun, her şeyden önce genel nitelikte olmalıdır. Kanunlar, belli bir genellik düzeyinde çıkarılmalıdır. Başka bir ifadeyle, hukuk bir kural olarak pozitif bir nitelik kazandığında; birden çok durum ya da kişiye yönelik olguları düzenleyecek şekilde kaleme alınmalıdır. Hiçbir hukuk sistemi, tek tek bireyler ya da her olay veya fiil için ayrı ayrı davranış kuralları belirleyerek hukuk devleti niteliğini kazanamaz.²⁹³ Hukuk devletinde bireyin zorlanmasına, belli bir siyasi amacı gerçekleştirmek için değil, ancak ve ancak genel bir kuralın uygulanması amacıyla izin verilir. Hukuk devletini keyfi bir yönetimden ayıran en temel unsur da bu farktan kaynaklanmaktadır.²⁹⁴

Devletin gerek örgütlenmesini herkeşe faaliyetlerini düzenleyen başta kanunlar olmak üzere hukuk kuralları öyle bir kaleme alınmalıdır ki, bireyler

²⁹⁰ Hayek, 2008, s. 92.

²⁹¹ Hayek, 2008, s. 85.

²⁹² Sancar, 2000 (c), s. 45.

²⁹³ Marmor, 2008, s. 173.

²⁹⁴ Hayek, 2008, s. 92.

herhangi bir durum karşısında devletin nasıl hareket edeceği hakkında bir öngörüye sahip olabilmelidirler.²⁹⁵ Temel hak ve özgürlükler bakımından özellikle de idareye takdir yetkisi veren durumlarda bunun kapsamı ve uygulama yöntemi, bireyleri keyfi ve öngöremeyecekleri müdahalelerden koruyacak şekilde kaleme alınmalıdır.²⁹⁶ Bu nedenle kanunlar, bir hukuk devletinde, geleceğe yönelik, açık ve anlaşılabilir nitelikte olmalıdır.²⁹⁷

Benzer şekilde geriye yürümeme ilkesi de çok önemli bir yer tutmaktadır. Ceza hukuku ile ilgili konularda katı bir şekilde uygulanan geri yürümezlik ilkesi diğer alanlarda bazen daha yumuşak bir şekilde yorumlanabilir; ama bu tür bir yorumun istisna olmaya devam edeceği her zaman göz önünde bulundurulmalıdır.²⁹⁸ Bir fiil işlendiği zaman yürürlükte olmayan, geçmişe yürüyen kanunların insanlara yön veremeyeceği gayet açıktır.²⁹⁹ Böylesine bir durumda bireyler, fiillerini planlarken hukukun gereklerini dikkate almazlar.³⁰⁰ Söz konusu unsur, hukuksal güvenliğin zamansal boyutunu oluşturmaktadır. Bireylerin mevcut hukuk normlarına ve hukuk düzenine güveni korunmalıdır. Kanunların geçmişe yürümesi yasağının; hukuk güvenliği ve kazanılmış hakların korunması çerçevesinde çok önemli bir rolü bulunmaktadır.³⁰¹ Şöyle ki, bu ilke toplumsal yaşamdaki etkisini, kanun koyucunun, idarenin, yargıçların ve polisin takdir yetkisine sınırlamalar getirerek keyfililiğin önlenmesinde göstermektedir.³⁰²

Herhangi bir yetkinin, başta ona meşruluk kazandıran amaçlar dikkate alınmaksızın bu amaçlara hizmet etmeyecek bir şekilde kullanılması olmak üzere kamusal yetkilerin özel amaçlarla kullanıldığı yönetim olarak kısaca tanımlanabilecek olan ‘keyfi idare’, hukuk devletinin tersi bir durumu ifade etmektedir.³⁰³ Doktrinde hukuk devletinin, gerek her hukuk sisteminde kaçınılmaz

²⁹⁵ Küçük, 2008, s. 357.

²⁹⁶ AKINCI, Müslüm, "Normatif Düzen Kalitesi", İÖÜHFD, C.III, Sy.1, 2012, s. 190.

²⁹⁷ RAZ, Joseph, "Hukuk Devleti ve Erdemi", Çev.: Bilal Canatan, İçinde: Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Adres Yayınları, Ed:Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/Adnan Küçük, Ankara 2008, s. 153.

²⁹⁸ Chevallier, 2010, s. 103.

²⁹⁹ Raz, 2008, s. 153; Özcan, 2008, s.153.

³⁰⁰ SYPNOWICH, Christine, "Ütopya ve Hukuk Devleti", Çev.: Ali Rıza Çoban, İçinde: Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Adres Yayınları, Ed:Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/Adnan Küçük, Ankara 2008, s. 327.

³⁰¹ Metin, 2008 (b), s. 578.

³⁰² Sypnowich, 2008, s. 327.

³⁰³ Raz, 2008, s. 158.

olarak ortaya çıkabilecek olan keyfi idare tehlikesini en aza indirmeye gerekse hukukun istikrarsız, anlaşılması güç, geriye yürüyerek insan onuru ve özgürlüğünü ihlal edecek şekilde uygulanmasını önlemeye çalışması boyutuyla negatif bir değer olduğu ifade edilmektedir. Buna göre hukuk devleti, bizatihi iyiye ulaştırmaz. Ulaşılan iyilik, kötünden kaçınılmasıyla ulaşılan bir iyiliktir.³⁰⁴ Ancak doktrinde bu düşünceye karşı çıkılmış, öncelikle hukukun iyi bir şey olduğunun peşinen varsayılması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre, örneğin tek eşlilik kurumunun iyi olduğu varsayılmadıkça, aldatan eşin sessiz kalmasının yanlış olması için herhangi bir neden yoktur. Unutulmamalıdır ki, hukuka sahip olmak için son derece yerinde ve geçerli gerekçelerimiz bulunmaktadır.³⁰⁵

Diğer taraftan, başta kanunlar olmak üzere diğer hukuksal normların birey davranışlarını yönlendirebilmesi için, normların muhataplarının normun gereklerini iyi bir şekilde anlayabilmesi gerekir. Sadece düzenlemiş olmak bu çerçevede yeterli değildir. *“İyi yapıp yapmam gerektiğini söylüyorsan ancak ben iyinin ne olduğunu anlamıyorsam veya iyi bana muğlak ve karmaşık geliyorsa, senin bu isteğini yerine getiremem.”* Herhangi bir normda yer alan bir kurala uyulabilmesi için belli bir düzeyde anlaşılır nitelikte olması çok önemlidir.³⁰⁶ AYM’de doktrindeki bu görüşlere benzer bir şekilde bir kararında,³⁰⁷ *Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri de belirliliktir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden, herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde, açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup, bu ilke gereği birey hangi somut eylem ya da olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların hangi müdahale yetkisi doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyecek yöntemlerden kaçınmasını*

³⁰⁴ Raz, 2008, s. 161.

³⁰⁵ MARMOR, Andrei, “*Hukuk Devleti ve Sınırları*”, Çev.: Sevdâ Gültekin Göktolga, İçinde: Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Adres Yayınları, Ed:Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/Adnan Küçük, Ankara 2008, s. 206.

³⁰⁶ Marmor, 2008, s. 174.

³⁰⁷ 2013/99 E, 2014/61 K, 27.03.2014. Bkz. 24.12.2014 tarihli ve 29215 sayılı RG.

gerekli kılar....Bu açıdan kanun metni, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırım veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkan verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Bu nedenle belli bir kesinlik içinde kanunda hangi eyleme hangi hukuksal yaptırımın bağlandığının bireyler tarafından bilinmesi ve eylemlerinin sonuçlarının öngörülebilmesi gerekir." demiştir.

Benzer nedenlerle, başta kanunlar olmak üzere hukuksal normlar bir şeyi tanımlarken beraberinde bir çelişki yaratıyorlarsa bireyler bu kurala uymazlar. İnsanlara, bir kuralda getirilen düzenleme ile belli bir doğrultuda davranıp iyiyi gerçekleştirmeleri emrediliyor ancak diğer bir kuralla da bunun tersi isteniyorsa bu durumda insanların her iki kurala birden uymaları mümkün değildir.³⁰⁸

Ayrıca hukuk güvenliği, anlaşılabilir olmanın yanında erişilebilir olmayı da gerektirmektedir. Bireyler uygulanabilir normlar konusunda yeteri kadar bilgi sahibi değillerse, özgürlüklerin güvence altına alınması ve kanun önünde eşitlik gerçekten de sorgulanır hale gelir. Örneğin Fransız Anayasa Konseyi 16/12/1999 ve 26/06/2003 tarihli kararlarıyla, kanunların erişilebilirliğini ve anlaşılabilirliğini ‘anayasal bir hedef’ haline getirmiştir.³⁰⁹

Kanunun erişilebilirliğini sağlamak bakımından önemli olan bir husus da onun yayımlanmasıdır. Kanunun, bireylerin davranışlarını yönlendirebilmesi için, ona tabi olacak kişilere duyurulması³¹⁰ ve kamuya açık olması gerekir.³¹¹ Bireyler, tabi oldukları kanunun varlığından habersiz olarak da kanunun öngördüğü bir şekilde hareket edebilirler. Ancak bu durum, kanunun insanları yönlendirdiği bir durum değildir. Oysaki hukuk devleti bakımından kanuna uymanın esası, bireyin uyduğu kanunun varlığından haberdar olması halinde önem taşır.³¹²

Benzer nedenlerle, kanunlar nispeten istikrarlı olmalıdır.³¹³ Hukuk devletlerinde de elbette kanun değişiklikleri olabilir. Ancak sık sık değiştirilmesi halinde insanlar belli bir anda yürürlükte olanları öğrenmek/bilmek bakımından zorlanacak ve kanunların sürekli değiştirilme ihtimalinden dolayı tedirginlik içinde

³⁰⁸ Marmor, 2008, s. 174.

³⁰⁹ Chevallier, 2010, s. 101.

³¹⁰ Marmor, 2008, s. 173; Raz, 2008, s. 153.

³¹¹ Sypnowich, 2008, s. 327.

³¹² Marmor, 2008, s. 173.

³¹³ Raz, 2008, s. 153.

yaşayacaklardır.³¹⁴ Bu durum, kanunun düzenlemek istediği davranışlarımızı planlama, bu doğrultuda hazırlanma ve gelecekteki normatif çerçeve hakkında bir dereceye kadar garanti edilmiş haklı beklentiler gerektirmesinden kaynaklanmaktadır.³¹⁵ Yürürlükte olanların bilinmesi yalnızca kısa vadeli kararlar için değil, uzun vadeli planlar için de büyük önem taşımaktadır. Örneğin vergi yada ticaret hukukunun bazen genel kuralları bazen de spesifik nitelikteki ince ayrıntıları, iş aleminde sonuçlarını yıllar sonra verecek kararlar açısından büyük önem taşımaktadır.³¹⁶ Bireylerin uzun bir geleceği ilgilendiren kararlarını hukuk çerçevesinde değerlendirerek verebilmeleri için istikrar unsuru vazgeçilmesi mümkün olmayan bir şarttır. Başka bir ifadeyle, hukuk kurallarının bilinmesi ancak hukukun istikrarlı olması halinde bir anlam kazanıp birey davranışlarına yön verebilecektir.

Bu konuda son olarak; hukuk devletinde geçerli olan kanunların, imkansız olmamaları ve tutarlı olarak uygulanmaları gerektiği ifade edilmelidir. Bir kural veya emir, anlaşılır ve tutarlı olabilir. Ancak bireylerin uyup gereklerini yerine getiremeyeceği bir kural mükemmel bir şekilde anlaşılıyor olsa bile, bireylerin davranışlarını yönlendirmekten uzak kalacaktır. Kanunun söz konusu bu fonksiyonu yerine getirebilmesi için kuralların, olaylara uygulanış biçiminde dikkate değer bir uyumu bünyesinde barındırması gerekmektedir.³¹⁷ Başka bir ifadeyle, kanunların özel olaylara uygulanmasıyla görevli kişilerin kanunda yer alan kuralları somut durumlarla ilgili olarak fiilen uygulamaları gerekmektedir.³¹⁸

AIHM, bir davada hukuk devletinde kanunun yukarıda belirtilmiş olan taşınması gereken nitelikleri haberleşme özgürlüğüne müdahale çerçevesinde değerlendirmiştir. Karara göre:³¹⁹ *“..İlk olarak hukuk, yeterince ulaşılabilir*

³¹⁴ Raz, 2008, s. 153.

³¹⁵ Marmor, 2008, s. 174

³¹⁶ Raz, 2008, s. 153-154; Marmor, 2008, s. 174.

³¹⁷ Hukuk devleti bakımından ‘kanun’ ile kastedilen; anayasa hukukundan farklı olarak yasama organı tarafından konmuş kurallar bütünü değildir. Hukuk devletinde önemli olan işlevselliştir. Bu çerçevede, her derecede iktidar yetkisine sahip güç odaklarınca konmuş olan ve hukuk düzeninin bu alandaki ihtiyacını karşılayan, tüzük, yönetmelik gibi tüm normlar kastedilmektedir. Dolayısıyla kanunun sahip olması gereken özellikler söz konusu normlar bakımından da geçerlidir. Özcan, 2010 (b), s. 536-537; Çünkü tüzük ve yönetmelik gibi genel kurallar, ‘düzenli idare ilkesi’ gereğince, idarenin takdir yetkisini en aza indirmek için gerekli olan normlardır. Gözler, 2007, s. 211.

³¹⁸ Marmor, 2008, s. 174.

³¹⁹ Malone/İngiltere, Başvuru No: 8691/79 02.08.1984. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=86>. e.t: 20.07.2013

olmalıdır, yani vatandaşlar belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmelidirler. İkinci olarak, vatandaşların davranışlarını düzenlemelerine olanak vermek için yeterli açıklıkta formüle edilmemiş bir norm, 'hukuk' kuralı olarak kabul edilemez; vatandaşlar belirli bir eylemin gerektirdiği sonuçları, durumun makul saydığı ölçüde ve eğer gerekiyorsa bir uygun bir danışmayla önceden görebilmelidirler... O halde karar verilmesi gereken sorun, iletilerin izlenmesindeki temel unsurların iç hukukta, ilgili makamlara verilen takdir yetkisinin kapsamını (scope) ve kullanılma usulünü (manner) yeterince gösteren ve ulaşılabilir nitelikteki bulunan yasa hükümlerinde makul bir açıklıkla düzenlenmiş olup olmadığıdır.” AİHM, söz konusu kararıyla, yerleşik hale gelen içtihatlarında belirttiği ve özgürlüklerin garantisi olarak gördüğü, 'yasayla düzenlenmiş olma'yı tek başına yeterli olarak görmediğini, yasanın söz konusu bu niteliklere sahip olması gerektiğini ortaya koymuştur. Sonraki kararlarında da aynı yaklaşımı sürdürmektedir.³²⁰

Özetle belirtmek gerekirse, anayasal devletin temelini teşkil eden bireysel özgürlükler bakımından biçimsel hukuk devleti anlayışının getirmiş olduğu en temel güvence kanunun belirleyici olduğu bir çerçevede ortaya çıkan hukuksal güvenlik ilkesidir. Söz konusu ilkenin gerçekten bireysel özgürlükler bakımından bir anlam ifade edebilmesi için başta devlet-birey ilişkilerini düzenleyen kanunlar olmak üzere hukuk sisteminin bir parçası olan kanunların, genel, makul düzeyde olmak üzere anlamları kesin ve açık, bireyler bakımından erişilebilir, istikrarlı ve imkânsız olmamaları gerekmektedir.

a.3. Yargısal Denetim ve Bağımsızlık

Yasama tasarruflarının siyasal bir programın hayata geçmesine dair kararlar olma niteliğinden uzaklaşıp hukuk normu haline gelebilmesi için hukuk düzeniyle bütünleşmesi gerekir. “Yasanın ancak yargı kararı aracılığıyla dikişsiz şekilde

³²⁰ Örnek karar, Karademirci ve diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 37096/97, 37101/97. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. <http://www.karara.com/aihm/turkce/aihm10281.htm>. e.t: 24.12.2014

hukuka eklemlenmesi”³²¹ bireylerin yaşamlarını hukuk güvenliği içinde sürdürebilmesinin en temel dayanağıdır. Hukuk devletinin bu yönü, bağımsız ve etkin bir adli teşkilatı, yargıya kolay ulaşımı, bireyler bakımından güven telkin eden uygulama organlarını da gerektirmektedir. Hukuk devletinin temelinde yer alan, yürütmenin ve idarenin kanuna tabi olması gereği ancak yargısal bir denetimin varlığıyla güvence altına alınıp işlerlik kazanabilir. Devletin, sınırsız, hiçbir denetime tabi olmayan büyük bir güç olmaktan çıkarak hukukun belirlediği sınırlar içinde faaliyetlerini sürdürebilmesi; hukukun fiilen devlet organlarını bağlayıp keyfiliklerin önlenmesi ancak yargısal bir denetimin varlığıyla mümkündür. Kamusal yetkiye dayanan her türlü devlet faaliyeti yargı denetimine tabi olmalıdır. Hangi düzey ve içerikte olursa olsun bütün uyuşmazlıklar için yargı yolu açık olmalıdır. Bireylerin özellikle de hak ve özgürlüklerini ilgilendiren konular hakkında bir yargı organına ulaşmaları bakımından yürütme ve idarenin hiçbir şekilde idari takdir yetkisine sahip olmaması gereklidir.

Türk Anayasa Mahkemesi(AYM) bir kararında,³²² “Hukuk devletinde yargısal denetimin gerçekleşmesi esastır. Yargısal denetimin genel yada özel mahkemelerce veya her ikisi tarafından yapılması şart değildir. Yargısal denetimde davaların hızlı, doyurucu ve az giderle görülmesi, yasalardan doğan uygulamadaki hataların giderilmesi, adalet hizmetlerinin hızlandırılmasına ilişkin gerekli önlemlerin alınması hukuk devletinin gereklerindendir” denilerek hukuk devletinin hayata geçmesi bakımından yargısal denetimin önemine dikkat çekilmiştir. 1961 Anayasası’nın Hakimler Yüksek Kurulu’nun, hakimlerin özlük hakları konusunda vermiş oldukları kararlar aleyhine yargı yolunu kapatan 144. maddesinin açık hükmüne rağmen AYM, eski tarihli bir kararında:”...Aslında yargı denetimi, Hukuk devleti ilkesinin öteki öğelerinin de güvencesini oluşturan temel öğedir. Çünkü insan haklarına saygılı olmayan ve davranışlarında hukuka ve Anayasaya uymayan bir yönetimi, bu tutumundan caydıran ve onu meşruluk ve hukukilik sınırı içinde kalmak zorunda bırakan güç, yargı denetimi gücü ve yetkisidir.... Şikayete uğrayan veya denetim sırasında hakkında soruşturma açılan hakim, Yüksek Hakimler Kurulu kararıyla meslekten çıkarabilecek, fakat hakim, bu karara karşı yargı yerine

³²¹ Strauss Peter L, “Common Law and Statutes” Colorado Law Review, Vol.70 1999, s. 238 den nakleden, Özcan, 2010 (b), s. 549.

³²² 1994/75 E, 1995/4 K, 07.02.1995, AMKD, Sy.34, C.I, 1999, s. 28.

*başvuramayacaktır. Bunun hukukla bağdaşır bir yönü yoktur. Bu nedenlerle Yüksek Hakimler Kurulu kararlarına karşı yargı yerine başvurulamaması Cumhuriyetin hukuk devleti niteliğine ters düşer...*³²³ diyerek yargısal denetimin hukuk devletinin temelinde yer aldığını ortaya koymuştur.

XIX. yüzyılın ikinci yarısında, genel bir yargı denetimi düşüncesi henüz yerleşmiş değildi. İdare her durumda yargısal denetime tabi olmayıp bu ancak bir idari işleme dayanak olan kanunda yargısal denetim için özel bir hükmün bulunması halinde mümkün olabiliyordu. Yargısal denetim düşüncesi zaman içinde sürekli olarak bir genelleşme ve olgunlaşma sürecinden geçerek bugünkü halini almış, hukuk devleti adeta ‘hukuk yollarına başvurma devleti’ olmuştur.³²⁴ Bu çerçevede olmak üzere hukuk devletinin etkinliğini artırabilmek amacıyla, yargı bağımsızlıklarının asgari düzeyde olması gerekir. Özellikle idari yargıda ‘ayrılabilir işlem kuramı’na³²⁵ daha sık başvurularak bağımsızlık alanı daraltılmalıdır.³²⁶

Hemen belirtmelidir ki, hukuk devletinde var olması gereken yargısal denetim, sadece idari organların kamusal yetkiye dayanan eylem ve işlemleriyle sınırlı olmayıp yasama organının da söz konusu nitelikteki faaliyetlerini de içerecek şekilde geniş bir alana yayılmıştır. Kanunların anayasaya uygun olup olmadıklarının denetimi de hukuk devletinin hayata geçmesinin temel şartlarından biridir. Böylelikle bütün bir hukuk düzeninin kendisinden türemiş olduğu en üstün hukuk metni olan anayasanın üstünlüğü fiilen güvence altına alınmış olmaktadır. Bu tür bir denetimin olmadığı bir yerde anayasa sembolik olup anayasanın üstünlüğü de sadece bir temenniden ibarettir. Anayasa yargısı bu fonksiyonu nedeniyle zaman içinde hukuk devletinin kurumları arasında en önemli konum ve değere ulaşmıştır. Anayasal sistemde yer alan kurumların arasında sahip oldukları yetkiler çerçevesinde kurulan

³²³ 1976/43 E, 1977/4 K, 22.01.1977, AMKD, Sy.15, 1978, s. 117-118.

³²⁴ Doebling, 2001, s. 211.

³²⁵ Ayrılabilir işlem kuramı, idarenin tek yanlı işlemlerinin bulunduğu yer neresi olursa olsun ayrıştırılarak idari yargının önüne gelmesini sağlamaktadır. Bu da elbette ki hukuk devleti ilkesini hayata geçirmenin etkin yollarından biridir. Böylelikle, örneğin diplomatik ilişkiler çerçevesinde gerçekleştirilen tek yanlı işlemlerin, bu ilişkilerden ayrılabilirdiği ve tamamen iç hukuk bakımından sonuçlar doğurduğu durumlarda da, bir anlaşmanın uygulanması işlemine karşı yargı yoluna gidilebilmektedir. Benzer şekilde Cumhurbaşkanının yaptığı bir atama işleminin, aşamalarındaki hukuka aykırılıklar, yargı organının önüne götürülebilmektedir. SEZGİNER, Murat, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s. 181.

³²⁶ Chevallier, 2010, s.77.

denge temel hak ve özgürlükler bakımından çok önemli olup söz konusu dengenin varlığı ve devamının güvencesi de anayasa yargısıdır.

Yargının, hukuk devleti bakımından kendisinden beklenen fonksiyonu yerine getirebilmesi için bağımsız olması gerekmektedir. Belli bir uyuşmazlık konusunda hukukun ne olduğu konusunda son sözü söyleme yetkisi yargı organında olduğundan bireyin davranışlarını hukuka göre yönlendirip hak ve özgürlüklerini fiilen kullanabilmesi yargısal makamların hukuku doğru uygulamasına bağlıdır. Aksi takdirde, bireyler davranışlarını kanunlara göre değil, mahkemenin sergileyebileceği tavır konusundaki tahminlerine göre yönlendirirler ki bu da hukuka değil subjektif nitelikteki başka değerlendirmelere göre olacaktır.³²⁷ Bağımsızlık sadece biçimsel hukuk devleti anlayışı bakımından değil, maddi hukuk devletinin temelinde yatan temel hak ve özgürlüklerin korunması düşüncesi bakımından da son derece önemlidir. Yargı bağımsızlığı olmadan hukuken tanınıp güvence altına alınmış olan temel hak ve özgürlükler birer vaat ve temenni niteliğine dönüşür. Çünkü kuvvetler ayrılığıyla kamusal yetkiye dayalı gücün, birbirinden ayrı organlara verilerek kötüye kullanılmasını engellemek suretiyle yasama ve özellikle de yürütmeden gelecek baskı ve engelleme girişimlerine karşı bireysel özgürlükleri koruma amacı ancak ve ancak gerçek anlamda bağımsız olan bir yargı aracılığıyla sağlanabilir.

Yargı bağımsızlığı nihayetinde adaletin gerçekleşmesi için, tarafsızlık ve iyi niyetle hukukun uygulanması için de gereklidir.³²⁸ Yargı bağımsızlığıyla ilgili olarak yargıç teminatı çerçevesinde getirilen, yargıçların atanma şekli, azil yasağı, maaş ve çalışma şartlarına ilişkin diğer memurlar bakımından olmayan güvenceler, yargı kurumunun dışarıdan gelecek her türlü hukuk dışı baskıya karşı kendisini güvende hissedip bağımsızlığını sağlamayı amaçlamaktadır. Söz konusu bu güvenceler hukuk devleti bakımından son derece önemlidir. Klasik olmakla birlikte vurgulu bir ifadeyle tekrar belirtmek gerekirse, yargı bağımsızlığı yargıca verilmiş bir ayrıcalık veya lütuf değil, anayasal devletin temel hak ve özgürlükler düzeninde özgürlükleri korumaya yönelik kurumsal bir tedbir; yargıcın, sadece ve sadece hukukun gerekleri çerçevesinde yargısal faaliyetlerini yerine getirme sorumluluğudur ve bu noktada

³²⁷ Raz, 2008, s. 156.

³²⁸ İNCEOĞLU, Sibel, “Karşılaştırmalı Hukuk Yaklaşımıyla Yargıca Yönelik Disiplin Süreçlerinin Yargı Bağımsızlığına Etkisi”, TBBD, Sy.77, 2007, s. 55.

yargı bağımsızlığı, hukuk devletini oluşturan bütünsellik içinde çok önemli bir yer işgal etmektedir. Kanaatimizce, bağımsızlığın olmadığı bir yerde yargısal denetim, devletin sahip olduğu iktidarı ve bundan kaynaklanan yetkilerin kullanımını pekiştirmeye yarayan bir mekanizmaya dönüşür. Şiddet tekelinin de söz konusu amaçları gerçekleştirmeye yarayan araçlardan biri olduğu düşünüldüğünde böylesine bir temel hak ve özgürlükler düzeninde yargının, özgürlükler bakımından en az yürütme ve idare kadar tehlike taşıyacağı açıktır.

b. Maddi Hukuk Devleti

Hukuksal pozitivizmi şiddetli bir şekilde savunan Kelsenci yaklaşım bile hukuk devleti düşüncesinin altında yatan bazı gerekliliklerin olduğunu kabul etmiş; hukuk devletinin, hukuk normlarının sadece hiyerarşik bir bütün oluşturacak şekilde bir araya getirilmesinden ibaret olamayacağını, bu normların içeriklerinin de dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir.³²⁹ Hukuk devletinin maddi anlayışı ya da boyutu; hukuk devletinin, yürürlükteki hukukun şekli bir üstünlüğüyle değil, aynı zamanda belli bir içeriğiyle nitelenmesini ifade etmektedir.³³⁰ Başka bir ifadeyle, şekli sınırlamalara ek olarak hukukun içeriğine ilişkin bazı maddi sınırlamaların da olması³³¹ ve hukukun toplumsal amaçlar yönünden yeniden inşası oldukça önem taşımaktadır.³³² Bu yönüyle maddi hukuk devletini ifade etmek üzere doktrinde ‘içerikli hukuk devleti’³³³, ‘özel hukuk devleti’³³⁴ kavramları da kullanılmaktadır.

Hukuk devleti ‘herhangi bir hukukun devleti’ değildir; temelinde bir ‘değerler ve ilkeler’ bütünü yatan bir hukukun devletidir. “*Hukuk devleti göstereni, ancak belli bir gösterilenle ilişkili olması halinde anlamlıydı; normlar hiyerarşisi, iktidara ve özgürlüklere ilişkin maddi bir kavrayışı kayda geçirmedikçe ve korumadıkça, o kavrayışın biçimsel zarfından başka bir şey değildir.*”³³⁵

³²⁹ Chevallier, 2010, s. 90.

³³⁰ Sancar, 2000 (c), s. 35.

³³¹ Neuman, 2008, s. 559.

³³² Özcan, 2008, s. 209.

³³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ökçesiz, 1994, s. 94.

³³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kaboğlu, 2006, s. 287.

³³⁵ Chevallier, 2010, s. 91.

Bu anlayışta, devlet iktidarının hukukla bağlanarak sınırlanması, sadece biçimsel-prosedürel güvence ve araçlarla olmamaktadır. Bu gücün, özgürlük ve insan onuruna dayanan bir temelde şekillenen içerikle de bağlanması gerekmektedir. Bu, hukuk devletinin ana unsurunu oluşturmaktadır. Öyle ki, hukuk devletinin bu anlayışına ‘temel hak ve özgürlükler’ adı da verilmektedir.³³⁶ Başka bir ifadeyle, hukuk devleti temel hak ve özgürlüklerle eş görülmektedir. Bu yönüyle hukuk devleti, kısaca geçerli bir şekilde kabul edilmiş uygun şekli ve maddi niteliklere sahip bir hukuk aracılığıyla (aksi takdirde hukuk olarak kabul edilemez)³³⁷ hak ve özgürlüğü koruyan devlet olarak tanımlanmaktadır.³³⁸ Hukuk devletinin hukuku öylesine bir hukuk olmayıp bu unsur, onu kanun devleti veya mevzuat devletinden ayırmaktadır. Aksi takdirde Nazi Almanyası, Stalin Rusya’sını da hukuk devleti olarak nitелеmek gerekecektir. Bu nitelikteki bir devlette, *“Anayasa, devlet gücünün yurttaş özgürlükleri ile siyasi irade oluşturma ve egemenlik kullanmanın sınırlayıcı ve sınıflandırıcı organizasyonu karşısında yalnızca sınırlanmasıyla yetinmemekte, o ayrıca toplumun yaşam düzeninin ve temel değerlerin hukuksal pozitifleştirilmesi olmaktadır. Özgürlük artık formel-hukuksal bir çerçevede koşulsuz olarak güvenceye alınmamakta, anayasanın temel değerler düzeniyle sınırlanmaktadır.”*³³⁹ Bu yönüyle hukuk devleti, hukukun, dolayısıyla da kanunların hangi genel niteliklere sahip olması gerektiği hakkında ilkeler koyan bir doktrindir.³⁴⁰ Başka bir ifadeyle, maddi hukuk devleti anlayışında; yasama organı aracılığıyla kanun koymakla ‘kanunun hukuka ait olması’ arasında önemli bir fark vardır ve hukuk ruhunun tüm toplumsal yaşama egemen olması bakımından ikinci unsur oldukça önem taşımaktadır.³⁴¹

Yukarıda belirtilen bu hususlar aynı zamanda başta Anayasa için de geçerlidir. Parlamentoda anayasayı değiştirebilecek güce sahip olan bir iktidar, örneğin kendisini destekleyen çoğunluğun mensubu olduğu siyasal ve dinsel inancı fiilen her bireyin benimsemesini sağlayabilir veya bunu zorunlu hale getirebilir; devletin menfaatlerinin gerektirmesi halinde, işkence, zorla çalıştırma ve angarya

³³⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Dworkin, 2008, s. 298; Turhan, 2011 (a), s. 22; Metin, 2008 (b), s. 578.

³³⁷ Neuman, 2008, s. 558.

³³⁸ Sancar, 2000 (c), s. 35.

³³⁹ Ökçesiz, 1994, s. 94.

³⁴⁰ Küçük, 2008, s. 355.

³⁴¹ Özcan, 2010 (b), s. 534.

gibi insan onuruyla bağdaşması mümkün olmayan yollara başvurulmasını olağanlaştıran belli ölçüde meşrulaştırabilir; kamu hizmetine girme hakkını bir etnik ve dinsel gruba özgü hale getirebilir. Bütün bunların hayata geçmesini sağlayacak şekilde anayasaya hükümler getiren veya var olanları değiştiren çoğunluk, söz konusu uygulamaları bağımsız, etkin bir yargının denetimine tabi tutarak da gerçekleştirme imkânına sahip olur. Böylelikle, hukuk devletinin biçimsel içeriğine uygun davranılmıştır. Ancak hukuk devletinin maddi içeriği ihlal edilmiştir. Hukuk devletinin bu anlayışı, başta anayasa olmak üzere kanunların belli bir içerikte olmasını gerektirir. Buna göre, anayasa ve kanunlar, evrensel hukuka aykırı olmamalıdır. Yukarıda verilen, inanç ve düşünce özgürlüğünün ortadan kaldırılması, işkence ve angarya izni, etnik ve dinsel temelli ayrımcılık örnekleri evrensel hukuk ve hukukun genel ilkeleri ile bağdaşması mümkün olmayan uygulamalardır.

Ayrıca temel hak ve özgürlükler, anayasada açıkça düzenlenmese bile hukuk devleti düşüncesini benimseyen her anayasanın doğal içeriğini oluşturmaktadır. Örneğin Fransa’da 1875 Anayasası temel hak ve özgürlüklere yer vermediği halde, söz konusu dönemde hukuki varlıklarını sürdürmüşlerdir.³⁴² Bu husus doktrinde, ‘anayasallaştırma’ süreci olarak adlandırılmaktadır. Bu anayasallaştırma, artık yalnızca kurumlarla (kurumsal anayasa hukuku) ve normlarla değil (normatif anayasa hukuku), aynı zamanda özgürlüklerle de ilgilenen bir anayasa hukukunun alanını önemli ölçüde genişletmiştir. Böylelikle bir hukuk devletinde, anayasa yargısı tarafından korunan ve kanun koyucunun her türlü müdahalesinden korunmuş bir kurallar bütününden oluşan ‘anayasallık bloğu’³⁴³ ortaya çıkmaktadır.³⁴⁴

Hukuk devleti sadece tek boyutlu bir şekilde devlet faaliyetlerini sınırlamakla kalmaz, aynı zamanda bireyler arasındaki ilişkilerde de kapsayacak şekilde temel hakların korunması için devlete bir takım sorumluluklar yükler. Kanaatimizce bu yönüyle biçimsel hukuk devleti; devlet iktidarının sınırlanmasında başvurulacak araçlar ve bunların niteliğiyle ilgiliyken, maddi hukuk devleti; sınırlamanın ruhu ve amacı bakımından evrensel ilkeler getirmekte; bu ilkeler de insan hakları temelinde

³⁴² Neuman, 2008, s. 560; Schmitt, 2008, s.122.

³⁴³ Fransa’da anayasallık bloğu, yasama organının uymak zorunda olduğu anayasal değerlerde kurallar ve ilkelerin bütünü olarak tanımlanmaktadır. GÖZLER, Kemal, “*Türk Hukukunda Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?*”, AÜSBFD, C.55, Sy.3, 2000, s. 82.

³⁴⁴ Chevallier, 2010, s. 105; Anayasallık bloğunu ifade etmek üzere, ‘ölçü normlar’ kavramı da kullanılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, 2000, s. 82.

şekillenmektedir. Bu çerçevede, kanunların egemenliği kavramı her şeyden önce, kanun koyucunun kendisinin de kanunlarla sınırlı olmasını ve kanun koyma yetkisinin keyfi bir idare aracı olarak görülmemesi anlamına gelir. Bunun için de kanunların, doğruluk, akılcılık ve adalet gibi belli niteliklere sahip olması gerekir.³⁴⁵

İHEB'nin ilanı ile özgürlükler temelinde yükselen hukuk devleti, evrensel norm niteliğini kazanmıştır.³⁴⁶ Hukuk devleti, insan haklarına dayanan çağdaş toplumun ideali olup onun hukukunu koruma düşüncesi ile ortaya çıkmıştır. Bu yönüyle hukuk devleti, herhangi bir kuruluş, bir mekanizma; içeriği tamamlanmış statik bir yapı değildir. Bir hedefler programı; bireylerin bu çerçevedeki karşılıklı etkileşimleri ile gelişip değişen süreçler bütünü;³⁴⁷ siyasal bir idealdir.³⁴⁸ Bu idealin özünü de meşru şiddet tekeline sahip tek varlık olarak devletin bu güç üzerinde yükselen bir organizasyon olması değil, üstün bir hukuk anlayışı ve bu hukuku meydana getiren evrensel normlar oluşturmaktadır.³⁴⁹

Diğer taraftan hukuk devleti aynı zamanda bir bilinçtir. Şöyle ki, bir toplumda hukuk devletine olan inanç çok güçlü ise, yasama ve yargı organları kendilerini bu ilkeyi daha fazla olarak dikkate almak zorunda hissedeceklerdir. Ayrıca, hukuk devleti ilkeleri uygulanamayacak nitelikte uç kurallar olarak görülürse hatta bununda ötesinde, istenmese ve insanlar bunu gerçekleştirmekten vazgeçerse başta insan hakları olmak üzere birçok temel değer hızla ortadan kalkacak, süratle keyfi devlet düzenine dönüşecektir.³⁵⁰ Hukuk devleti artık devletlerin iç meselesi olmayıp, aynı zamanda bir bütün olarak uluslararası toplumu da ilgilendirmektedir. Bu gelişme, BM'nin kurulmasından önceki dönemde var olan uluslararası hukukta düşünülmesi dahi çok zor olan bir olguydu. BM, bu çerçevede bir dönüm noktasını oluşturmuştur. Hukuk devleti insan hakları temelinde uluslararası bir nitelik kazanmıştır. Söz konusu süreç içerisinde hukuk devletinin tanımında amaç ve değer önemli hale gelmiş, kanunilik meşruluğun gerekli ancak tek başına yeterli olmayan

³⁴⁵ Schmitt, 2008, s. 131.

³⁴⁶ BIELEFELDT, Heiner, “*Demokratik Hukuk Devletinde Özgürlük ve Güvenlik*”, Çev.: Yüksel Metin, İçinde: Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Adres Yayınları, Ed: Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/Adnan Küçük, Ankara 2008, s. 277.

³⁴⁷ Ökçesiz, 1994, s. 103-104.

³⁴⁸ Raz, 2008, s. 150; Marmor, 2008, s. 175; Dworkin, 2008, s. 298

³⁴⁹ ERDOĞAN, Mustafa, “*Hikmet-i Hükümetten Hukuk Devletine Yol Var mı?*”, DBD, Yıl:4, Sy.13, 2000-2001, s. 53.

³⁵⁰ Hayek, 2008, s. 83.

şartı olarak kabul edilmiştir. Böylelikle “Maddi hukuk devleti: Meşruluk= Kanunilik+ Amaç” formülasyonu; ortaya çıkmış³⁵¹ devletin kamusal yetkiye dayalı faaliyetlerinin meşruluğunu; bunların, maddi hukuk devletinin amaç ve değerlerine uygunluğu belirler hale gelmiştir. Artık bugün bütün anayasal devletlerde en üstün hukuksal metin olan anayasada yer alan bir temel haklar bütününün, hukuk devletinin temelini oluşturduğu kabul edilmektedir.

Fransa’da söz konusu bu yaklaşım zaten Devrim öncesi topluma egemen olan bir düşünce idi. Onlar, insanın doğal, vazgeçilmez ve kutsal haklarını anayasadan da önce ortaya çıkmış bir bildiride tanımış ve böylece onları, ‘kurulmuş iktidarların’ tüm müdahale ihtimallerinden korumak istemişlerdir.³⁵²

Kısaca haklar anlayışı olarak da adlandırılabilir maddi hukuk devleti, insan hakları çerçevesinde birçok açıdan kural kitabı olarak da adlandırılan biçimsel hukuk devleti anlayışının sağlamış olduğu garantilerden daha güçlü nitelikteki değerleri içeren bir bütündür. Bu anlayış, bireylerin birbirlerine karşı ahlaki hak ve ödevlerinden, bir bütün olarak devlet karşısında var olduğu kabul edilen siyasal haklara uzanan geniş bir temel üzerinde yükselmektedir. Başka bir ifadeyle, haklar anlayışı- maddi hukuk devleti, genel olarak birey haklarını esas alan bir yönetim idealidir.³⁵³

Bu anlayış, kural kitabı-biçimsel hukuk devletinden farklı olarak adaleti, hukuk devletinin içeriğinden ayrı, ondan bağımsız nitelikte düşünmez; tam tersine ideal hukukun bir unsuru olarak görür.³⁵⁴ Maddi hukuk devleti, hukukun içeriğinin insan hakları dışında aynı zamanda etik değerler ve adalet kavramını gözetir şekilde oluşturulması gerektiğini öngörmektedir.³⁵⁵ Adalet, toplumsal yaşamda hukuk devleti ve uygulamaları sayesinde somut bir şekilde tezahür etmektedir. Bu çerçevede, AYM’de sosyal hukuk devletini, çeşitli nedenlerden dolayı zayıf konumunda olanları güçlü olanlar karşısında koruyan ve sosyal adaleti sağlayan devlet olarak tanımlayarak, adalet kavramını hukuk devleti ile ilişkilendirmiştir.³⁵⁶

³⁵¹ Sancar, 2000 (d), s. 87.

³⁵² Chevallier, 2010, s.104.

³⁵³ Dworkin, 2008, s. 298-299.

³⁵⁴ Özcan, 2008, s. 207.

³⁵⁵ Küçük, 2008, s.355.

³⁵⁶ 88/19 E, 88/33 K, 26.10.1988, AMKD, Sy.24, 1989, s. 451.

Hemen belirtmelidir ki doktrinde sosyal devlet ile hukuk devleti düşüncesinin birbiriyle çeliştiğini öne süren görüşler bulunmakta birlikte³⁵⁷ hukuk devletinin amacını teşkil eden özgürlük, bireyin kişiliğini serbestçe geliştirmesi temeli üzerinde yükselmektedir. Oysaki bu temel, içinde yaşamış olduğumuz endüstri toplumunun gerçekleri karşısında tehdit altında olup şekli hukuk devleti kurumları söz konusu tehdidi ortadan kaldıramamaktadırlar. Üstelik bu durum sadece sosyal açıdan güçsüz kesimler ile sınırlı olmayıp tüm bireyleri kapsamaktadır. Mülkiyet sahibi olmanın özgürlüğün garantisi olduğu zamanlar artık geride kalmıştır. Bu nedenle tüm toplumsal sınıfların özgürlüğünün korunması için sosyal devlet ve uygulamalarına ihtiyaç bulunmaktadır. Sosyal yardım, sosyal barış, sosyal koruma başka bir ifadeyle, sosyal devletin üç önemli fonksiyonu sayesinde endüstri toplumunun tehlikelerine karşı hukuk devletinin kişiliğin serbestçe geliştirilmesi amacına ulaşılacaktır.³⁵⁸ Bu yönüyle sosyal devlet olgusu, insanların bireysel hak ve özgürlüklerden gereği gibi yararlanmayı başaramadığı ya da bu konuda etkisiz kaldığı durumlarda bunların devlet tarafından güvence altına alınıp uygulanmasının bir tür garantörü olmaktadır.³⁵⁹ Günlük hayatında açlık tehlikesiyle karşı karşıya olan bireyin ifade, toplanma ve örgütlenme özgürlüğü ile ilgilenmesi mümkün değildir. Devlet sosyal yardım ve koruma fonksiyonu ile söz konusu tehlikeyi ortadan kaldırarak aslında bu özgürlükler bakımından bir güvence sağlamaktadır.

Bu nedenle her iki düşünce aynı düzeyde olup karşılıklı olarak birbirlerini belirleyip sınırlamaktadırlar. Bu çerçevede, sosyal devletin gerçekleşmesi, özgürlüğü garanti altına alan hukuk devleti sınırları içinde mümkün olmalıdır. Ancak, kişiliğin korunması endüstri toplumunda sosyal devletin temel fonksiyonları sayesinde gerçekleşen sosyal adalet temeli üzerinde mümkündür.³⁶⁰

AAM, Alman doktrinine de yol gösterecek bir şekilde hukuk devletini ‘adaletin devleti (Adil Devlet)’ kavramıyla eş görme yaklaşımı içine girmiştir. Bu

³⁵⁷ Sosyal devlet ile hukuk devleti bağdaşmazlığı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÖREN, Zafer, "Sosyal Devlet İlkesi ve Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Kalitesi", AYD, Sy.14, 1997, s. 129-133; Özlem, 2000-2001, s. 19-23.

³⁵⁸ Gören, 1997 (b), s. 132-133.

³⁵⁹ SPIECKER, Indria, "Sosyal Devletin Anayasa Teorisi", Çev.: Arslan TOPAKKAYA, İçinde: Anayasa Teorisi, Lale Yayıncılık, Ed.:Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter, Çev.Ed.: İlyas Doğan, Ankara 2014, s. 808.

³⁶⁰ Gören, 1997 (b), s.133.

düşünceye göre, hukuk devletinde maddi değerlerin de gerçekleştirilmesi gerekir ve böylece ‘değerlere bağlı hukuk devleti’ ortaya çıkacaktır. Başka bir ifadeyle, bu kavram sadece güvenlik ve hesaba katma-öngörebilme unsurlarını değil bir bütün olarak maddi adalet unsurlarını da içermektedir.³⁶¹ AAM’nin bir kararında konuyla ilgili şu görüşlere yer verilmiştir: “*Hukuk devletinin öğelerinin içine... hukuksal güvence ve maddi doğruluk veya adalet de girer.*”³⁶²

Bu yönüyle hukuk devleti ile maddi adalet³⁶³ arasında doğrudan bir ilişki bulunmaktadır. Hukuk devletinin adalet çerçevesinde tanımlanması, klasik hak ve özgürlükler üzerinde yükselen bir hukuk devletinin varlığını zorunlu kılmaktadır. Böylesine bir devletin hukuk kurallarının bireysel hakları güvence altına alacak ve onları ihlal etmeyecek şekilde olması gerekir. Bu şekilde anlaşılan maddi hukuk devletinde, devletin en temel görevi; doğal olarak temel hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi olmaktadır.

Hukuk devleti maddi anlamda, insan onurunu tanıma temeli üzerine kurulmuştur³⁶⁴ ve modern toplumu ancak insan onuru açısından meşrulaştıran bir modeldir.³⁶⁵ İnsan onuru düşüncesi, İncil, Kuran-ı Kerim, Konfüçyus metinleri ve Stoacı felsefeye kadar farklı kültür ve dinlerin temel kurallarına kadar geriye götürülebilmekle birlikte onun hukuken bağlayıcı bir şekilde güvenceye alınmış olan insan hakları aracılığıyla korunması gerektiği yeni ve modern bir düşüncenin sonucudur. İnsan hakları bir bütün olarak insan onurunu hayata geçirmek ve korumak amacına yönelik olduğundan diğer haklardan farklı olarak kolayca vazgeçilebilen ve değiştirilebilen haklardan değildir. Başka bir ifadeyle, insan, kendisini ve onurunu inkâr etmeden söz konusu haklardan vazgeçemez. Temel hak ve özgürlüklerin vazgeçilmezliği hukuk devletinin temelini oluşturur ve bu yönüyle

³⁶¹ Doebling, 2001, s. 215.

³⁶² BVerfGE 7, s.922 den aktaran: Doebling, 2001, s. 215.

³⁶³ Doktrinde, adalet kavramı kendi içinde maddi ve şekli adalet olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmekte, bunlardan maddi adalet anlayışı; insan haklarına yönelik bir toplumsal ve bireysel talebi karşılamak üzere kullanılmakta, insan haklarıyla eş değer görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Uygur, 2004, s. 29.

³⁶⁴ Bielefeldt, 2008, s. 274.

³⁶⁵ Özcan, 2010 (b), s. 529.

otoriter devletlerden ayrılıp³⁶⁶ bireylere çok önemli imkânlar sunar. Bireylerin devletten önce de bir özgürlük alanına sahip olduğu düşüncesinden hareket eden hukuk devleti anayasaları, bireysel özgürlüğün ilke olarak sınırsız, devletin bu alana müdahale yetkisinin ise ilke olarak sınırlı olduğu kabulüne dayanmaktadır.³⁶⁷

Diğer taraftan hukuk devletinde güvenlik politikalarının meşruluğu da temel hak ve özgürlükler bakımından yapılacak bir değerlendirme sonucu ortaya çıkmaktadır. İkisi arasında ortaya çıkan çatışmada yapılacak tercihin özgürlükler lehinde olması gerekmektedir. Bundan dolayı da, birey özgürlüklerinin gerekçelendirilmesine, haklı gösterilmesine gerek yoktur. İspat yükü tersinedir.³⁶⁸ Başka bir ifadeyle, özgürlüklerin güvenlik amaçlı olarak sınırlandırılması; daima haklı bir nedene dayanmalı ve mutlak surette belli sınırlar içinde yapılmalıdır. Alınan güvenlik tedbirleri, elverişli, gerekli ve orantılı olmak zorundadır. Özgürlükler üzerindeki somut etkileri kontrol edilebilir düzeyde olmalı ve nihayetinde özgürlük için çizilen sınırı hiçbir şekilde aşmamalıdır.³⁶⁹ Bu hususlara uyulup uyulmadığı her şeyden önce etkili bir yargısal denetime tabi olmalıdır. Bu nedenle temel hak ve özgürlükler normatif bir etkiye sahiptir. Bu hukuksal statünün başka menfaatlerle ikame edilmesi kural olarak kabul edilebilir bir olgu değildir.³⁷⁰

Hukuk devleti kavramı, özünü oluşturan değerlerin tam tersi uygulamaları ifade eden kavramlarla daha anlamlı olarak ortaya çıkmaktadır. Hukuk devleti, otoriter, kendisini korkuya dayalı güçle var edip devam ettiren devletin tam tersi bir anlayışı ifade etmektedir. Devletin yüce, dokunulamaz, her şeyin üstünde ve ötesinde olduğu düşüncesine karşı bireylerin özgürlüğünü başta kamusal işlemler olmak üzere herşeyin temeline koyan; Hegelci kutsal devlet anlayışına karşı ortaya çıkmış bir kavramdır. Gerçekten de Hegel'e göre devlet, mutlak ve kendi içinde değişmesi mümkün olmayan bir amaçtır. Tanrı'nın yeryüzündeki yürüyüşüdür.³⁷¹ Bu çerçevede o, yeryüzündeki en mutlak güçtür.³⁷² Devletin varlığı ilahi stratejinin bir parçasıdır.

³⁶⁶ Bielefeldt, 2008, s. 274.

³⁶⁷ Schmitt, 2008, s. 121.

³⁶⁸ Bielefeldt, 2008, s. 276.

³⁶⁹ Bielefeldt, 2008, s. 276.

³⁷⁰ Bielefeldt, 2008, s. 274.

³⁷¹ G.W.F Hegel, Elements of the Philosophy of Right, Tarns. H. B. Nisbet, Cambridge: Cambridge University Press, 1991, s.275 den nakleden, Arslan, 2008 (d), s. 57.

³⁷² Hegel, Elements of the Philosophy of Right, s.366' dan nakleden, Arslan, 2008 (d), s. 57.

Onun için devlet kutsaldır ve ‘mutlak devlet anlayışını’ savunmaktadır.³⁷³ Bu anlayışta devlet, topluma hizmet eden bir araç olmayıp; tersine toplum veya millet, ‘devletin’dir. Hatta toplum, devlete ait bir maldır; onun üzerinde malik sıfatıyla istediği gibi tasarrufta bulunabilir. Devlet, toplumun üzerinde olup kutsal ve yüce bir varlıktır. Dolayısıyla, siyasal sistemin ve bu arada hukukun amacı da her durumda devletin varlık ve bekasını sağlamaktır. Genel olarak devletin varlığını korumak için kendine özgü politikaları ve yöntemleri vardır.³⁷⁴

Söz konusu bu anlayışta devlet, bireyler karşısında öncelikli bir yere sahiptir; bireyler devletten sonra ve ona atfen vardır. Bireysel özgürlükler, devletin menfaatleri ile bağdaştığı sürece insan onurunu hayata geçirmeye hizmet ederler aksi halde her türlü mücadele yönteminin mübah hatta meşru olduğu düşman varlıklardır. Böylesine kutsal ve her şeyi kapsayan bir devlet anlayışının toplumsal hayattaki sonucu; başta devletin meşru şiddet tekeline uygulama yetkisini elinde bulunduran kamu görevlileri olmak üzere söz konusu anlayışı paylaşan kimselerin bireylerin hayat hakkının ihlali de dahil olmak üzere her türlü hukuksuzluğu meşrulaştırabildikleri bir anlayışın toplumsal ve siyasal yapıya hakim olması; bireylerin meşruluk anlayışlarının bu çerçevede değişip dönüşmesi; devlet politikalarının buna göre oluşturulmasıdır.³⁷⁵

Bu anlayış doktrinde, ‘devlet aklı’³⁷⁶, ‘hikmet-i hükümet’³⁷⁷ şeklindeki kavramlarla ifade edilmektedir. Bunlardan, devlet aklı kavramı ya da doktrini (Almanca Staatsrason; Fransızca rasiond’etat; İtalyanca ragionedistato) devlet ve onun faaliyetleri bakımından bireylere ilişkin alınacak tedbirlerde, gerekirse moral ve etik değerlerden ayrılma hakkının doğal bir şekilde var olduğu ön kabulünden hareket eder. Buna göre devlet aklı; bir devletin bekası için, herhangi bir moral yada hukuksal değerle sınırlı olmaksızın gerekli olan her şeyin yapılmasını öngörür. Bu amaca ulaşmada başarılı olan bütün fiiller, sadece bundan dolayı meşrudurlar. Hegel ve Machiavelli de bu düşüncenin öncülerindendir.³⁷⁸ Benzer şekilde hikmet-i

³⁷³ Arslan, 2008 (d), s. 57.

³⁷⁴ Erdoğan, 2001, s. 55.

³⁷⁵ Arslan, 2008 (d), s. 58.

³⁷⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. SANCAR, Mithat, “*Devlet Aklı, Hukuk Devleti ve Devlet Çetesi*”, İçinde: Devlet Aklı Kışkıracında Hukuk Devleti, Der.: Mithat Sancar, İletişim Yayınları, İstanbul 2000, s. 47.

³⁷⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Erdoğan, 2001, s. 49.

³⁷⁸ Sancar, 2000 (f), s. 48-49.

hükümet kavramı da siyasal ve sosyal politikaların, devletin bekası çerçevesinde belirlenip uygulandığı bir anlayışı ifade etmektedir.

Söz konusu bu düşünceler temelinde ‘Nazi maddi hukuk devleti anlayışı’ ortaya çıkmıştır. Bu yaklaşımda; hukuk devleti bir kavram olarak var olmakla birlikte, devletin kendisi ve çıkarları her şeyin üstünde tutularak hukuk devletinin biçimsel boyutu ile maddi boyutu birbirinden ayrılmış hatta bir ölçüde zıt kavramlar haline getirilmişlerdir.³⁷⁹ Bu düşüncenin öncülerinden olan Carl Schmitt’e göre devlet, bireysel özgürlükler başta olmak üzere toplumsal olan tüm değerler karşısında öncelikli bir yere sahiptir. Devlet, zaten hukuk düzeninin kendisi olduğundan hukuku yaratan da devlet olup onun üzerindedir.³⁸⁰ Ona göre, devlete karşı her koşulda geçerli olacak şekilde itaati sağlayıp ona yönelmiş olan mevcut ya da muhtemel saldırıları ortadan kaldırıp etkili bir şekilde mücadele etmek için devlet tarafından kullanılan ve hiçbir sınırı olmayan yetkilerin meşruluğu yine hukuk düzeninin kendisi tarafından ortaya konulmaktadır.

Doktrinde; bu anlayışın günümüzde de geçerli olduğu belirtilmekte ve İngiltere’de, İrlanda terörüyle mücadele etmek için olağan yargısal usullerin yerine ikame edilen devleti merkezine alan usulleri görmezden gelme tavrının altında yatanın bu anlayış olduğuna işaret edilmektedir.³⁸¹ Schmitt’in devlet anlayışında; ‘olağanüstü hal kavramı’ son derece önemli olup, egemen gücün kim olduğu olağanüstü hale karar verme yetkisine göre belirlenmektedir. Egemen, olağanüstü hale karar verendir. Olağanüstü hal devletin hukuk düzeninde öngörülmesi mümkün olmayan ancak doğrudan devletin varlığına yönelmiş fiili bir tehlike durumu olup, bunun üstesinden gelebilmek için gerekli olan sınırsız yetkiler anayasal devlet ve dolayısıyla da hukuk devletinin özgürlükler düzeninde yer alamaz. Başka bir ifadeyle, devletin kendini koruma hakkı mutlakdır, bunun için hukuk askıya alınarak özellikle de maddi hukuk devletinin temelini oluşturan ilke ve değerler görmezden gelinmelidir.³⁸² Hemen belirtmelidir ki olağanüstü hale karar verme yetkisi bunun süresini de belirlemeyi içereceğinden bu düşünce yapısında, temel hak ve özgürlükler

³⁷⁹ Sancar, 2000 (d), s. 89.

³⁸⁰ SCHMITT, Carl, Siyasi İlahiyat, Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm, Çev.: A. Emre Zeybekoğlu, Dost Kitapevi, Ankara 2010, s. 25-26.

³⁸¹ Sygnowich, 2008, s. 326.

³⁸² Schmitt, 2010, s. 14,19.

kısmi bir nitelik kazanacak, varlıkları egemen gücün iradesine göre şekillenecek, her türlü yönlendirmeye açık olacaktır.

Bu çerçevede bir değerlendirme yapıldığında; devletin menfaatleriyle çelişen, onun varlığına yönelik bir takım girişimlerin ortaya çıktığı dönemlerde artık olağan bir toplumsal ve siyasal hayat olamaz. Olağanüstü dönemlerde ise devletin güvenlik eksenli geleceği, her şeyin üstünde ve ötesinde, hayati bir konudur. Diğer tüm değerler gibi özgürlüklerin de herhangi bir etkisi, devlet iktidarını herhangi bir şekilde sınırlayıp onu yönlendirmesi söz konusu olamaz. Toplumsal olan her şey, devletin kendi varlığını koruması çerçevesinde var olabilir. Bireysel savunma halinde dahi, hukukun daha önce yasaklamış olduğu bir takım fiillere izin verildiğine göre devletin kendisini savunması gereken olağanüstü durumlarda bu nitelikli fiillere evleviyetle izin verilmiştir; bu, aslında hukukun bir emri, dolayısıyla hukukun bizatihi kendisidir. Devlet iktidarını kullananlar için hukukun dışına çıkılması, hukuk tarafından verilen bir yetki olmanın ötesinde bir mecburiyet durumudur. Bu yönüyle hukuksal sorumlulukları bulunmaktadır. Devletin kendisini koruması, hukukun tarafından belirlenmiş olan sınırları aşmasına bağlıdır.³⁸³

Söz konusu bu koruma, devletin şiddet tekelinin bireylere uygulanmasıyla da yakından ilgili bir husustur. Oysa ki, zorlayıcı tedbirlerin gerek seçimi gerekse uygulama şartları anayasal bir devlette ancak hukukun çizdiği sınırlar içinde olmalıdır ki bu husus aslında devletin her koşulda ulusal ve bazı hallerde uluslararası yargı denetimi altında olmasını gerektirmektedir. Olağanüstü dönemlerde devletin karşı karşıya kalmış olduğu tehlike, hukukun sınırlayıcı yönünü askıya alıp onun olmadığı bir toplumsal alan yaratma imkanı tanımaz. Anayasal devletlerin anayasaları, devletin böyle bir durumda her türlü hukuksal usul ve güvenceden vazgeçebileceği, kendi vereceği karara göre bireyleri hukuk düzeni dışına iterek onları hukuk süjesi konumundan uzaklaştırıp haklara sahip olma haklarını gasp edilebileceği düşüncesinin reddi temelinde şekillenmiştir. Doktrindeki tabirle,

³⁸³ Doktrinde, bu düşüncenin zorunlu bir sonucunun olduğu belirtilmekte ve şu şekilde ifade edilmektedir: "İstisna pozitif hukuku askıya alıyorsa, zaten onu aşan aşkın bir içeriğe sahiptir ve onun üzerindedir. Dolayısıyla, pozitif hukuk kendisini askıya alan bir egemen istisnaya karşı koyabilecek güce sahip olamaz." Ayrıntılı bilgi için bkz. Saygılı, 2014, s. 77-81.

anayasal devlet, kendi varlığını savunmak için hukuk devleti aleyhine ortaya çıkacak bu türden maliyete kesin bir dille hayır demektedir.³⁸⁴

Kanaatimizce hukuk devleti; bireyin, başta doğası gereği vazgeçilmesi, devredilmesi mümkün olmayan haklarının korunduğu ve bu yönüyle de olağan-normal olan bir toplumsal hayatı inşa etmek amacıyla ortaya çıkmıştır.³⁸⁵ Anayasacılık düşüncesi ve bunu hayata geçiren hukuksal araçlardan biri olan hukuk devleti düşüncesi; devlet iktidarını, sınırlarını evrensel hukukun belirlemiş olduğu bir çerçeve içine alarak, başta özgürlükler olmak üzere hukuk devletini oluşturan tüm değerlere öncelik ve üstünlük tanımaktayken söz konusu anlayış tercihini devlet ve onun iktidarından yana yapmaktadır. Biçimsel anlamda hukuk devletini hayata geçiren normatif düzenlemelerin varlığına rağmen devletin özellikle kamusal yetkiye dayalı tüm faaliyetlerinde hukukun üstün kılınarak bireysel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması gerçekleştirilemiyorsa burada hukuk devletinin varlığından bahsedilemez. Bu nedenle, devlet aklı düşüncesine dayanan devletin, hukuk devleti anlayışı ile bağdaşması mümkün değildir.

Bu konuda özetle şunu belirtmek gerekir ki; biçimsel ve maddi hukuk devleti anlayışları, hukuk devleti düşüncesinin birbirini tamamlayan iki farklı boyutunu oluşturmaktadır. Bu yönüyle biri diğerine alternatif olmayıp birinin varlığı diğerinin ortadan kalkmasını gerektirmediği gibi aksine kuvvetlendirmektedir. Karşılıklı bir etkileşim söz konusudur. Maddi hukuk devleti; başta özgürlükler olmak üzere anayasal devletin özünü oluşturan bir değerler manzumesi, ulaşılması gereken amaçlar programı ve dinamik bir süreç iken biçimsel hukuk devleti, tüm bunları hayata geçirecek biçimsel nitelikteki garantilerden oluşmaktadır. Örneğin, hukukun özgürlükler temelinde olduğu ancak bunu hayata geçirecek etkili ve bağımsız bir yargısal denetimin olmadığı bir hukuk devleti anlayışı ne kadar yetersiz ise bu hususların olduğu ancak hukukun, özgürlük hassasiyeti taşımaktan uzak bir şekilde ihlalleri önleyecek içerikte oluşturulmadığı hukuk devleti de aynı ölçüde yetersiz kalacaktır. Dolayısıyla anayasal devlet bakımından söz konusu iki hukuk devleti anlayışı bir bütünün ayrılmaz parçalarını oluşturmaktadır.³⁸⁶

³⁸⁴ Klein, 2014, s. 657.

³⁸⁵ Benzer yöndeki görüşler için bkz. Özcan, 2008, s. 201.

³⁸⁶ Aksi yönde görüş için bkz. Doebling, 2001, s. 216-217.

B. KUVVETLER AYRILIĞI

Çeşitli şekillerde de belirtildiği üzere anayasacılığın ve dolayısıyla anayasal devletin temel unsurlarından biri kuvvetler ayrılığı ilkesidir. Başka bir ifadeyle belirtmek gerekirse, devlet iktidarını hukuksal bir çerçeve içine almak için başvurulacak hukuksal araçlardan biri de kuvvetler ayrılığıdır. Bu ilke, anayasacılık ve anayasal devlet kavramlarıyla o kadar çok özdeşleşmiştir ki Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinin 16. maddesinde, kuvvetler ayrılığının olmadığı bir yerde anayasadan dahi söz edilemeyeceği belirtilmiştir. Doktrinde, kuvvetler ayrılığını öngörüp tüm kurumlarıyla düzenlemeyen metinlerin 'sözde' ya da 'yarım anayasa'lar olduğu, sadece siyasi irade oluşumunu belirleyen şekli kanunlar olmaktan öteye gidemeyecekleri, söz konusu bu maddenin, herhangi bir ülkenin anayasasını işaret edip savunmadığı, anayasa kavramını normatif olarak belirlediği ifade edilmektedir.³⁸⁷

Bu nedenle her anayasa, özgürlüklere bakış açısına göre değişen ölçülerde devlet iktidarının üç tezahür şekli olan yasama, yürütme ve yargıyı farklı ellere verme yoluna gitmiştir. Kanaatimizce, anayasal devletin anayasasında söz konusu ölçü; güç yoğunlaşmasının engellenerek bireysel özgürlüklerin korunup daha etkin hale getirilmesine imkân verecek ilke ve kurumların yer almasıdır. Tarihsel süreç içerisinde Montesquieu'nun adıyla bir anılan söz konusu ilke, genel olarak devletin en temel üç fonksiyonunun devlet mekanizması içinde birbirinden bağımsız olarak örgütlenmiş üç ayrı organ tarafından özerk kamusal yetki kullanılarak yerine getirilmesini ifade etmektedir.³⁸⁸

Kuvvetler ayrılığı ilkesi düşünsel dünyadaki gelişimini tamamladıktan sonra ilk yazılı anayasa olan ABD Anayasası ile uygulanmaya konulmuş; bu tarihten itibaren de anayasal devletlerinin vazgeçilmezi olmuştur.³⁸⁹ Hukuksal³⁹⁰ olarak kısaca, devlet iktidarını tabir yerindeyse örselemek, dolayısıyla bireylerin özgürlükler temelinde hukuksal güvencesini sağlamaya yönelik fren mekanizmalarını

³⁸⁷ Roellecke, 2014, s. 69.

³⁸⁸ Montesquieu, 1998, s. 233.

³⁸⁹ AKGÜL, Mehmet Emin, "Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Dönüşümü ve Günümüz Demokratik Rejimlerindeki Anlamı", ABD, Yıl:68, Sy. 2010/4, s. 81.

³⁹⁰ Doktrinde kuvvetler ayrılığı ilkesini hukuka uygunlukla eş olarak gören düşünceler de bulunmaktadır. Bkz. ESEN, Bülent Nuri, Anayasa Hukuku Genel Esaslar, Ankara 1970, s. 235.

oluşturmak anlamına gelen kuvvetler ayrılığı ilkesi bir siyasal örgütlenme modeli olarak da bireyin özerkliği ve ara grupların oluşturduğu sivil toplum anlayışının birlikte meydana getirdikleri bir yapıdır.³⁹¹

1. Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Düşünsel Gelişimi

Kuvvetler ayrılığı ilkesi her ne kadar Montesquieu'nun adıyla özdeşleşmişse de ilkenin düşünsel temelleri İlkçağa, Eski Yunan düşüncesine kadar uzanmaktadır.³⁹² Aristo, Eflatun, Çiçero, Machiavelli, Locke ve Montesquieu'dan bu yana hep, 'Devleti yönetme gücünün tamamının, bir kişi veya bir grupta toplanmasının, mutlakiyete yol açacağı' endişesi ve bunu önlemek düşüncesi bulunmaktadır.³⁹³ Montesquieuda her siyasi doktrinde olduğu gibi kendisinden öncekilerden etkilenmekle birlikte onlardan farklı olarak ilkeyi, özgürlüklerin garantisi olarak görmüştür.³⁹⁴

Söz konusu ilke ilk olarak Aristoteles tarafından ortaya konmuştur.³⁹⁵ Politika adlı eserinin IV. Kitabının on dördüncü bölümünde, bir anayasanın sahip olması gereken nitelikleri belirtirken söz konusu ilkeyi düşünsel olarak ifade etmiştir.³⁹⁶ Ortaçağda, Saint Thomas, özgür bir hükümetin dayanması gereken temelleri ortaya koyarken yasama ile yürütmenin birbirinden ayrı olacağını düşünmüş ancak bunları mutlak bir şekilde de ayırmamıştır. Aynı çağda yaşayan Marsile de Podaue de onun etkisinde kalmıştır.³⁹⁷ Yeni Çağ'a gelindiğinde Bodin, mahkemelerin bağımsız olması gerektiği düşüncesinde olmuş, mahkeme kararlarının gerek ortaya çıkışının gerekse uygulanmasının prenslerin iradesinden bağımsız olması gerektiğini

³⁹¹ OKTAY, Cemil, "Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Yargı Açısından Anlamı ve Türkiye Örneği", AYD, Sy.1, 1984, s. 215.

³⁹² ABADAN, Yavuz, Amme Hukuku ve Devlet Nazariyeleri, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1952, s. 236.

³⁹³ GÜRAN, Sait, "Anayasa'nın Kuvvetle Ayrılığı İlkesine ve Yönetim Yargı İlişkilerine Bakış Açısında Değişiklik", AYD, Sy.11, 1994, s. 193; Oktay, 1984, s. 217.

³⁹⁴ AKİPEK, İlhan, "Kuvvetler Ayrılığı Nazariyesinin Doğmasında Amil Olan Fikirler", AÜHFD, C.IX, Sy.1-2, 1950, s. 167.

³⁹⁵ Esen, 1970, s. 245; YAVUZ, K. Haluk, Siyasal Sistem Arayışları ve Yürütmenin Güçlendirilmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 104.

³⁹⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ARİSTOTELES, Politika, Çev.: Mete Tunçay, Remzi Kitapevi, İstanbul 1975, s. 132 vd.

³⁹⁷ Akipek, 1950, s. 171.

savunmuştur. Kuvvetler ayrılığı düşüncesi, Locke ile net bir hukuk ve siyasal teori niteliğini kazanmış, günümüzde sahip olduğu fonksiyonlarına en uygun olacak bir şekilde ortaya konmuştur.

Locke, Hobbes'un aksine, devlet iktidarını sınırlama ve 'mülkiyet' üst başlığı altında toplamış olduğu bireyin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almayı en temel mesele olarak görmüştür.³⁹⁸ Onun düşüncesinde, devlet iktidarının yasama organı tarafından kullanılan kısmı çok önemli bir yere sahiptir. Ona göre yasama; toplumun ve bireylerin korunması için devlet olmaktan kaynaklanan yetkilerin nasıl kullanılacağını belirleme hakkına sahip temel bir güçtür. Kanun yapma yetkisine sahip olanlar aynı zamanda onu uygulama yetkisini de elde ederlerse doğal olarak kanunları yorumlama ve uygulamayı kendi menfaatleri doğrultusunda gerçekleştirecekler; bu da özgürlükler bakımından büyük tehlikeler ortaya çıkaracaktır. Ona göre, yasama yetkisi, kral, lordlar ve avam arasında bölünmelidir.³⁹⁹

Montesquieu'ya gelinceye kadar kuvvetler ayrılığı bir düşünce olarak zaten ortaya çıkıp netleşmişti. Kuvvetler ayrılığı, Montesquieu'da adeta devlet yapılanmasının omurgasını, referansını temsil etmektedir. Ona göre hukuk devletinin en önemli biçimsel içeriği olan yargısal denetimin özgürlükler bakımından bir anlam ifade edebilmesi, öncelikle kuvvetler ayrılığına bağlıdır. Montesquieu'nun kuvvetler ayrılığı; devlet iktidarını üç ayrı güce bölerek, iktidarı sınırlamak ve onların birbirlerinden kopuk olarak değil de işbirliği içinde çalışmalarını düşüncesine dayanmaktadır. Devlet iktidarının tezahür şekilleri tek elde toplanıp bir güç yoğunlaşması ortaya çıkarsa bunun kimin kontrolünde olduğu önemli olmaksızın ki bu ister bir kişi, ister soylular isterse halk olsun, hiçbir önemi yoktur. Otorite-özgürlük dengesi ortadan kalkmış; özgürlük adına hiçbir şey kalmamıştır. Özgürlüğün tek güvencesi, devletin kuvvetler ayrılığı düşüncesine uygun olarak örgütlenmesidir. Locke'den ayrılan en önemli yönü olarak ona göre, yargılama yetkisi özel organlara verilmeli, hepsinden önemlisi bağımsız olmalıdır. Yargılama, kanun yapma yetkisine sahip olan güce bağlı olursa, yargıçlar bu gücün bir temsilcisi olarak keyfi hareket edebilme imkânına sahip olacaklardır. Benzer şekilde yargılama,

³⁹⁸ Locke, 2004, s. 103-105.

³⁹⁹ Locke, 2004, s. 123.

yürütme yetkisinin bir parçası olursa, o zamanda özgürlüklere karşı devletin baskı imkânı artacaktır.⁴⁰⁰

Yargının, yasama ile yürütmeden ayrı ve bağımsız olmaması durumunda bir özgürlük ortamının var olamayacağını söyleyen Montesquie'nun düşünceleri Devrimden sonra anayasal hareketlerin esin kaynağı ve temel ilkesi olmuştur.⁴⁰¹ Hemen belirtmek gerekir ki kuvvetler ayrılığı ilkesine yer vermeyen siyasal yapıların bir anayasasının olamayacağı da açıktır. Bu yönüyle Anayasa, kuvvetleri kullanacak organları, bunların fonksiyon ve bu çerçevedeki yetkilerini, aralarındaki denge ve işbirliğinin ilke ve kurumlarını ortaya koyan yazılı bir belge olup böylelikle yönetenlerin gerek kendi aralarındaki gerekse yönetenlere karşı olan sınırları tespit edilip kontrol edilmiş olmaktadır. Locke ile Montesquie'nun hareket noktaları aynı olup temeli, devlet iktidarın tek elde toplanmasını dolayısıyla da güç yoğunlaşmasını engellemek suretiyle onu kısmi hale getirip sınırlayarak bireylerin sahip olduğu özgürlükleri korumaya dayanmaktadır. Bütün bunlar bize, kuvvetler ayrılığı ilkesinin Locke ve Montesquie'da, sadece devletin belli bir faaliyet şekli olarak değil, Aristo'dan farklı olarak özgürlük temelli bir yaklaşımla anayasa ve kanunlara uygun olarak faaliyette bulunan bir devlet ve idare düşüncesinin egemen olduğunu göstermektedir. Böylesine bir devlet ve idare, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin hayata geçmesini sağlayacak olan bir mekanizmanın ortaya çıkışına neden olacaktır. Yeniçağ tabi hukukunun etkisi altında gelişmiş olan bu düşüncenin izlerini Aristo'da bulmak mümkün değildir.⁴⁰²

2. Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Hukuksal İçeriği ve Günümüzdeki Anlamı

Kuvvetler ayrılığının temeli, devlet iktidarından kaynaklanan yetkilerin yine devletin değişik organları arasında paylaştırılmasına dayanmaktadır. Kanaatimizce, böylelikle devlet mekanizması içinde çeşitli iktidar odakları ortaya çıkmış; iktidar olmaktan kaynaklanan kamusal güç yoğunluktan kısmi bir niteliğe dönüşmüş olmaktadır. Buradaki iktidardan kasıt; devlet faaliyetlerinin içinde kalması gereken

⁴⁰⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Montesquieu, 1998, s. 233-236.

⁴⁰¹ Abadan, 1952, s. 238; Oktay, 1984, s. 217.

⁴⁰² Abadan, 1952, s. 238.

sınırları belirleyen hukuk kurallarını ihdas eden yasama, bu kuralların hayata geçirilmesi hususunda hem sorumlu hem de yetkili olan yürütme, yasamanın kanunları anayasaya ve uluslararası insan hakları sözleşmelerine uygun olarak koymasını (anayasa yargısı), yürütmenin eylem ve işlemlerinin yasamanın koymuş olduğu başta anayasa ve kanunlara uygunluğunu (idari yargı) ve ayrıca bireylerin fiilleri ile pozitif hukuk düzenini arasındaki ilişkiyi denetleyen (medeni ve ceza yargısı) yargı organlarının meydana getirdiği bütünsel yapıdır.

Aslında egemenlik veya devlet kudreti tektir. Bu kudret; devletin, organları aracılığıyla toplum adına iradesini ortaya koyma, kendi iradesini toplum ve bireylere kabul ettirme iktidarındır. Egemenliğin kullanılması sırasında başvuru olan eylem ve işlemler, şekil ve içerik olarak birbirlerinden ne kadar farklı da olsa, sonuçta devlet iradesinin tezahür şekillerinden başka bir şey değildir. Egemenlik tek ve bölünmez nitelikte olmakla birlikte egemenliğin birden çok olan fonksiyonlarını ve yine birden çok olan organlarını birbirinden ayırmak gerekmektedir. İktidarın fonksiyonları, bu iktidarın değişik tezahür şekilleri, değişik kullanım biçimleridir. Örneğin kanun yapmak, devlet kudretinin kullanım biçimlerinden, iktidar fonksiyonlarından herhangi birisidir. İktidarın organları ise, iktidarın çeşitli fonksiyonlarını yerine getirmekle görevli olan kişi veya kuruluşlardır.⁴⁰³ Örneğin yasama organı, devlet egemenliğinin yasama fonksiyonunu yerine getiren bir organdır. Doktrinde söz konusu bu nedenlerle günümüzde, kuvvetler, erkler veya iktidarlar ayrılığı terimleri kullanılırken kastedilenin ve pozitif hukuka göre de kastedilmesi gerekenin aslında, ‘iş görüsellikler’ ayrılığı olduğu belirtilmektedir. Buna göre kuvvetler ayrılığı, devlet iktidarının çeşitli iş görüselliklerinin aralarında bir işbirliği bulunan değişik organlarca yerine getirilmesi olmaktadır.⁴⁰⁴

Kuvvetler ayrılığının günümüzdeki anlamı olan “*iş görüsellikler ayrılığından*” söz edilirken, buradaki “*iş görüsellik*” ibaresi bütünüyle hukuki anlamda kullanılmaktadır. Elbette ki, devlet iş görüsellikleri, bu iş görüselliklerin maddi içeriklerine veya konularına göre de tasnif edilebilir. Bu çerçevede, örneğin devletin savunma iş görüselliklerinden, güvenlik iş görüselliklerinden, dış ilişkileri yürütme iş görüselliklerinden, ekonomik iş görüselliklerinden, eğitim iş görüselliklerinden

⁴⁰³ Özbudun, 1995, s. 144-145.

⁴⁰⁴ DURSUN, Hasan, “*Erkler Ayrılığı ve Yargıç Bağımsızlığı*”, TBBD, Sy.80, 2009, s. 42.

söz edilebilir. Bu iş görüselliklerin nitelikleri ve kapsamaları zamana, topluma ve siyasal sistem şekline göre büyük farklılıklar gösterebilir. Ancak kamu hukukunu asıl ilgilendiren iş görüsellikler, devletin maddi nitelikteki iş görüsellikleri değil, hukuksal nitelikteki iş görüsellikleridir.⁴⁰⁵

Yine doktrinde, ‘kuvvetler ayrılığı’ yerine, ‘iktidarlar ayrılığı’ ifadesinin kullanılması gerektiğini savunan görüşler de dile getirilmektedir. Buna göre, Montesquie’nun kullanmış olduğu ‘pouvoir’ kavramı, Fransızca’da ‘güç’ anlamına gelmektedir. Yani ‘pouvoir’ sözcüğünün ‘iktidar’ olarak çevrilmesi gerekir.⁴⁰⁶ Yine bu çerçevede olmak üzere, devlet faaliyetlerinin üç temel şekle ayrılmasında, devlet gücünün parçalanması gibi bir durum söz konusu değildir. Asıl mesele, kamusal yetkilerin birbirinden ayrı olan çeşitli organlar arasında temel niteliklerine göre ayrılmasıdır. Bu nedenle ‘kuvvetler ayrılığı’ yerine ‘yetki ayrılığı’ denmesinin daha doğru bir yaklaşım olacağı⁴⁰⁷ biçiminde görüşler de belirtilmektedir. Kanaatimizce, kuvvet, güç, iktidar kavramları zaten hukuksal kavramlar olup kamusal yetkiyi ifade etmektedirler. Dolayısıyla da önerilen bu kavramlar arasında anlam bakımından bir fark olmayıp sadece kavram kullanımı açısından yapılan bir tercih söz konusudur. İş görüsellik kavramı ise, devletin kamusal yetkiye dayanmayan eylem ve işlemlerini de içerebileceğinden özgürlükler bakımından uygun bir kullanım değildir.

Kuvvetler ayrılığı, devlet iktidarının üç tezahür şekli olan yasama, yürütme ve yargı organlarının birbirinden kesin çizgilerle ayrı ve uzak olması olmayıp karşılıklı denge ve denetim yoluyla iktidarın doktrindeki ifadeyle *ılımlaşması*⁴⁰⁸ esasına dayanmaktadır. Bu sistem öylesine bir sistemdir ki, üç kuvvetten herhangi biri olmaz ise diğer ikisi anayasaya uygun olarak görev yapamayacak bir duruma gelir. Her birinin hak ve yetkileri, karşılıklılık esasına dayalı olarak düzenlenmiştir.⁴⁰⁹ Anayasal düzeyde birbirlerine eşit ve karşılıklı olarak bağımsızdırlar.⁴¹⁰ Aksi bir durum, denge ve denetim mekanizmalarının ortadan kalkması anlamına gelecektir. Ayrıca kural

⁴⁰⁵ Dursun, 2009, s. 42.

⁴⁰⁶ Turhan, 2005, s. 88.

⁴⁰⁷ Abadan, 1952, s. 236.

⁴⁰⁸ CORNİLS, Matthias, "Güçler Ayrılığı", Çev.:Ahmet M.Güneş, İçinde: Anayasa Teorisi, Lale Yayıncılık, Ed.:Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter, Çev.Ed.: İlyas Doğan, Ankara 2014, s. 676.

⁴⁰⁹ Esen, 1970, s. 250.

⁴¹⁰ ERDEM, Fazıl Hüsnü, "Amerikan Siyasal Sisteminin Temel Özellikleri", İçinde: Prof.Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan, İstanbul 1997, s. 150.

yapımı, kuralların uygulanması ve kurallara göre hüküm verme sadece teorik düzeyde birbirlerinden ayrılabilir, ama uygulamada bunları ayırabilmek imkânsızdır. Yeni kural koyan ister istemez bir eski kuralı uygulayarak bunu yapmakta ve bir başka kurala göre de hüküm vermektedir.⁴¹¹ Kuralların uygulanması beraberinde yeni kuralların yaratılmasını da gerektirmekte olup, kurallara göre hüküm vermekten de ayrılabilir bir olgu değildir.⁴¹²

Bir başka açıdan kuvvetler ayrılığı, her şeyden önce otoriter bir anlayışa olan karşıtlığın anayasal ifadesi⁴¹³ olup hareket noktası; devlet iktidarını çeşitli şekillerde elinde bulunduran kişi veya grubun sahip olduğu kamusal yetkileri kötüye kullanma potansiyeline sahip olduğu ve söz konusu potansiyel reele dönüştüğü zamanda bunu kendisi gibi kamusal yetki kullanan başka bir güç odağının yetki sınırı ile karşılaşana kadar da devam ettireceği, bu nedenle de iktidarın iktidarla durdurulması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır. Söz konusu düşünce daha öncesinde de belirtildiği üzere Montesquie'dan önce de vardı, ondan sonra da devam etmiştir. Amerikan Anayasası, onu ortaya koyan kimseler tarafından pek çok temel ilke üzerine kurulmuştur. Bunlardan birisi; hükümetin adil ve halkın temsilcisi olması ilkesidir. Buna ulaşmak için de onun kuvvetler ayrılığını hayata geçirecek şekilde düzenlenmesi gerekir.⁴¹⁴

Bu kişilerden olduğu kabul edilen Alexander Hamilton, John Jay ve James Madison, “The Federalist” adlı eserlerinde sözü edilen ilkeye şu şekilde yer vermişlerdir:” *Fakat çeşitli yetkilerin gitgide aynı organda toplanmasına karşı gerçek güvence, her organı yürütenlere öbürlerinden gelecek müdahalelere dayanabilmeleri için gerekli anayasal araçları ve kişisel güdülerini vermektir. Bütün öbür durumlarda olduğu gibi, burada da savunma araçları saldırı tehlikesiyle orantılı olmalıdır. İhtirasa karşı ihtirasa koymak gerekir. İnsanın menfaati, bulunduğu mevkiin anayasadaki haklarıyla bağlantılı olmalıdır. Devlet gücünün kötüye kullanılmaması için bu gibi çarelere gerek görülmesi belki insan doğasına güvensizlik sayılabilir. Ama, devlet insan doğasına karşı güvensizliğin en büyüğü*

⁴¹¹ TURHAN, Mehmet, Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası, DÜHFY, Diyarbakır 1989, s. 11.

⁴¹² Turhan, 1989, s. 11.

⁴¹³ Starck, 2005, s. 25.

⁴¹⁴ PLONO, Katie, “Checks and Balances in American Government”, American Center e Bulletin, Sy.11, 2011, s. 1.

değil midir?”⁴¹⁵ Başka bir ifadeyle iktidar, iktidarla durdurulacaktır. Hiçbir gelenek, uzlaşma yada ideoloji devlet gücünü, tek başına kontrol altında tutamaz.⁴¹⁶ Öyle anayasal düzenlemeler yapılmalıdır ki, her bir iktidarın kendisini dengeleyecek yetkilerle donatılmış bir asimetriği bulunmalıdır. Böylelikle keyfilik önlenip, her türlü iktidar odağının yetki kullanımıyla hukuk aleminde meydana gelen aşırılıklar ortadan kaldırılarak; iktidarı dizginlemek suretiyle özgürlük alanı genişleyecek dolayısıyla kamu yararı gerçekleşecektir. Çünkü anayasal devletteki kamu yararı, bireysel özgürlükler temelinde inşa edilmiştir.

Kamusal yetki kullanan hiçbir güç odağı, diğerleri karşısında anayasada öngörülmeven herhangi bir üstünlük elde etmemelidir.⁴¹⁷ Benzer şekilde hiçbir gücün anayasada hüküm altına alınmış olan görevleri yerine getirmesi için sahip olması gereken yetkileri elinden alınmamalı, dokunulması mümkün olmayan bir çekirdek yetki alanı olmalıdır.⁴¹⁸

Deyim yerindeyse devlet iktidarını örseleyerek bireylerin temel hak ve özgürlüklerini korumaya dönük fren ve denge mekanizmalarının bütünü olan kuvvetler ayrılığı, ‘yetkileri belirli ve sınırlı hükümet’ kavramını da içermektedir. Başka bir ifadeyle, kuvvetler ayrılığı; sınırlı iktidar ve devlet yaratma çabasıdır.⁴¹⁹ Doktrinde bu nedenle, XIII. yüzyılda kralın yetkilerinin sınırlandığı Magna Carta’da söz konusu ilkenin başlangıç düşüncelerine rastlamanın mümkün olduğu belirtilmektedir.⁴²⁰

Diğer taraftan kuvvetler ayrılığı; her bir kurumun, sınırlandırılarak herhangi bir etkinliği olmayan yetki alanına sahip olması biçiminde zayıflık anlamında değil;

⁴¹⁵ Alexander Hamilton/John Jay/ James Madison, The Federalist, New York 1937, s.337 den nakleden, Turhan, 1989, s. 6.

⁴¹⁶ HOMSON, David, Siyasi Düşünce Tarihi, Metropol Yayınları, İstanbul 2006, s. 117.

⁴¹⁷ Ülkemizde son yıllarda görülen, idari işlemle herhangi bir göreve atanmış kamu görevlilerinin kanunla görevden alınması söz konusu yasağın ihlali niteliğindedir. Anayasamızda, yasama organına kanunlar aracılığıyla genel, soyut ve kişilik dışı düzenlemeler yapmak yetkisi verilmiş ancak kamu görevlilerinin herhangi bir statünün dışına çıkarılması gibi bir yetki verilmemiştir. Bu, yürütme üst başlığı altında idareye aittir. Doktrinde bu tür bir yaklaşım, 'doğal işlevden sapma', 'diğer güçlerin çekirdek alanına müdahale' olarak tabir edilmektedir. Cornils, 2014, s. 688-689. Nitekim, AYM'nin bir kararında, kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince, yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarını yerine getiren, yasama, yürütme, yargı organlarının birinin, diğerinin yerine geçmesi sonucunu doğuracak şekilde karar almalarının fonksiyon gaspına yol açacağı belirtilmiştir. 2014/57 E, 2014/81 K, 14.15.2014 tarihli ve 29000 sayılı RG.

⁴¹⁸ Cornils, 2014, s. 677.

⁴¹⁹ Turhan, 1989, s. 5.

⁴²⁰ Doebling, 2001, s. 193.

sınırlandırılmış alanda dahi en üstün güç konumuna ulaşmaması anlamını taşımaktadır.⁴²¹ Bölünmesi gereken iktidarlar arkasında, bir ve bölünmez, bir başka iktidar var olmaya devam etmektedir. Bu da anayasayı yapma, anayasal düzeni kurma ve gerektiğinde değiştirme, gerekirse de yerine bir başka anayasayı koyma iktidarındır.⁴²² Hemen belirtilmelidir ki, iktidarın iktidarı durdurmasındaki amaç kanunların verdiği yetkilerin kötüye kullanılıp aşılarak yetki ve fonksiyon gaspının engellenmesi olmayıp, toplumun belli bir grubun çıkarları doğrultusunda sürekli olarak ve yalnızca bu düşünceler çerçevesinde iktidar olma eğilimini engellemektir. Böylesine bir toplumsal hayatta özgürlükler ortadan kalkmıştır. Zaten Montesquieu da sınıflara dayalı bir toplum yapısından yola çıkmış, merkez ile merkez dışındaki ara grupların bir arada yaşayabildiği çoğulcu bir yapının teknik ve hukuksal koşullarını ortaya koymaya çalışmıştır.⁴²³

Anayasacılık akımının ortaya çıktığı XVIII. yüzyıldan bu yana anayasanın fonksiyonel anlamı, onun devlet iktidarını sınırlayan bir araç olmasıdır. Anayasanın bu fonksiyonu yerine getirebilmesi için kuvvetler ayrılığına ilişkin ilke ve kurumlara yer vermesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, devlet iktidarının sınırlanmasını sağlayan biçimsel nitelikteki hukuksal araçların başında; devlet iktidarının, en üstün bağlayıcı güce sahip bir hukuk metni olan anayasa ile hukuksal bir çerçeve içine alınması ve bu anayasada devlet iktidarının, değişik organlar arasında paylaştırılmasını sağlayan düzenlemeler yani kuvvetler ayrılığı gelmektedir.

Tarihsel süreç içerisinde bunun ilk adımı yasamayı güçlendirmek olmuştur. Yürütme gücüne sahip hükümdarın yetkileri sınırlanırken ortaya çıkan boşluk yasama organının yetkilerinin yürütme aleyhine artırılması suretiyle doldurulmuştur.⁴²⁴ Bu şekilde monarşilerin mutlak iktidarı sınırlanarak, otoriter rejimlerin ortadan kaldırılması amaçlanmıştır. Böylece mutlak olandan sınırlı (meşruti) monarşiye doğru bir dönüşüm başlamıştır. Kuvvetler ayrılığı bu yönüyle, başlangıçta monarşik bir devlet yapılanması çerçevesinde özgürlükleri korumanın bir aracı olmuştur. Söz konusu bu yaklaşım İngiliz anayasal sisteminin temel ilkelerinden biri olan ‘Parlamentonun Üstünlüğü’nün de düşünsel temelini

⁴²¹ TURHAN, Mehmet, “Anayasacılık ve Kuvvetler Ayrılığı Kuramı”, HFSA, Sy.2, 1995, s. 111.

⁴²² Friedrich, 1999, s. 37.

⁴²³ Oktay, 1984, s. 223-224.

⁴²⁴ Yavuz, 2010, s. 57.

oluşturmuştur. Ancak Locke, devlet iktidarının ağırlıklı kısmını teşkil eden yasama organının sınırsız bir güce sahip olmadığını, yapılmış olduğunu düşündüğü sosyal sözleşmeyi ihlal ederek, bireylerin, mülkiyet ve özgürlüklerini ortadan kaldıran bir yasama organının varlığı durumunda toplumun bu sözleşmeye ve dolayısıyla da yasama organına uymayacağını belirtmiştir.⁴²⁵ Başka bir ifadeyle yasama, hangi gerekçeyle olursa olsun, bireylerin temel haklarını ihlal eden kanunlar çıkaramaz. Devletin kanunları sözleşmeye, bu ise özgürlüklere dayanmakta olduğundan, kanunların tek amacı özgürlükleri korumak olmalıdır.

Diğer taraftan Amerikan anayasacılığının temel unsurlarından biri konumundaki, ‘limited government’ kavramına göre, devlet organları görevlerini etkin şekilde yerine getirebilmek için gerekli hukuksal ve fiili araçlarla donatılmalı, ancak bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla da bu imkânları yeterli ölçüde sınırlandırılmalıdır. Böylelikle kuvvetler ayrılığı ilkesinin söz konusu bu hedefi, bireylerin özgürlüklerine hizmet eden bir özellik olarak ortaya çıkmakta,⁴²⁶ birey bir varlık niteliği kazanmaktadır. Bu yönüyle kuvvetler ayrılığı da bireyi her şeyin merkezine alan bir dünya görüşünü hayata geçirecek sistemin temel ilkesi olmaktadır.⁴²⁷ Söz konusu düşünce, kuvvetler ayrılığı ilkesi ile siyasal ve anayasal alana taşınmaktadır.⁴²⁸ İşte bu düşünceler paralelinde anayasacılık⁴²⁹ kavramı ortaya çıkmıştır. Anayasacılık açısından önemli olan iktidarın, topluluk adına hareket edenlerin elinde toplanması suretiyle⁴³⁰ özgürlüklerin ortadan kaldırılması engellenerek, iktidarı bölmektir. Böylelikle devlet gücü üzerinde etkili bir sınırlama sistemi getirilmiş olmaktadır. Başka bir ifadeyle, devlet iktidarının tezahür biçimlerinin birbirinden ayrılması son derece önem taşımakta olup aksine bir durum, otokrasi veya diktatörlük adı verilen ve anayasal düşünce ile bağdaşması mümkün olmayan bir devlet yapılanmasını ortaya çıkaracaktır.

Özetle belirtmek gerekirse, devlet iktidarının farklı bir bölümünü kullanan devlet organlarının, sahip oldukları karşılıklı kamusal yetkiler yoluyla birbirinin

⁴²⁵ Arslan, 2008 (b), s.28; Ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, 2007, s. 57.

⁴²⁶ Güran, 1994, s. 194.

⁴²⁷ ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, Devlet Kudretinin Sınırlanması, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1963, s. 86-87.

⁴²⁸ Oktay, 1984, s. 222.

⁴²⁹ Fransızca’ya anayasacılık kavramını ithal eden, Montesquie olmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Homson, 2006, s. 116.

⁴³⁰ Turhan, 2005, s. 90.

faaliyetlerini denetlemesi, bu yolla da dengeleyip frenlemesi anayasal devleti ortaya çıkaracak, böylelikle bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin devlet iktidarı karşısında korunması ve güvence altına alınması mümkün olacaktır.

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin olgunlaşıp uygulanmaya başlandığı XVIII. yüzyıldan başlayarak devam eden süreç ile günümüz arasında bazı önemli farklılıklar vardır. Uygulama süreci başlangıçta, daha öncesinde de belirtildiği üzere monarşilerden meşruti monarşilere geçildiği ya da anayasal devletin sınırlı da olsa ortaya çıkmaya başlandığı bir dönem olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu süreçte kamusal nitelikteki gücün kamu yararını gerçekleştirecek şekilde etkili ancak belirli sınırlar içinde kullanılabilmesini sağlayacak ve bütün bunları denetleyecek bir mekanizmanın ortaya çıkıp sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi için çeşitli çözümler üzerinde düşünülmüş ve sonuçta egemenlik olarak tanımlanan en üstün gücün, üç fonksiyona ayrılarak farklı organlarca anayasal dengeler çerçevesinde kendi görev alanı içinde kullanılması en uygun hukuksal araç olarak ortaya çıkmıştır.

Bu şekilde despotizmi kendi araçları ile önleyebilecek olan bir yapı tasarlanmış olmasına rağmen bu, uygulamada düşünülmüş olandan çok farklı sonuçlar ortaya çıkarmış;⁴³¹ klasik kuvvetler ayrılığı ilkesine dayanan ABD Anayasa sisteminin hayata geçip uygulanması sırasında ortaya çıkan olgular dikkat çekici nitelikte olmuştur. Gerek yargısal kararlar gerekse bazı usul ve teamüller yoluyla, yasama ve yürütme organları arasında asgari düzeyde bir işbirliğini sağlayıcı temas noktaları kurulmuştur.⁴³² Hatta bir adım daha ötesinde, bu düşüncüyü ortaya koyanların aklından bile geçirmediği bir şekilde söz konusu ilkenin uygulamada kazandığı görünüm yürütme organı lehine olmuştur.⁴³³ Kuvvetler ayrılığı ilkesinin bugün için anlam ve kapsamı ilk ortaya çıktığı dönemlerdeki algının tersine olarak çok daha dar bir hukuksal çerçeve içine oturmuş olup, günümüzdeki devlet yönetiminin işleyişine uymamaktadır.

Devlet iktidarının değişik tezahürlerinin sınırları eşit ve denk olarak belirlenmiş görev alanında kesin bir ayrıma tabi tutulması ve birbirleriyle zorunlu ilişkilerinin engellenmesi devletin işlerliğini tıkamıştır. Bu nedenle günümüz çağdaş

⁴³¹ Akgül, 2010, s. 97.

⁴³² KAPANİ, Münci, Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, 7.Baskı, Ankara 1993, s. 286.

⁴³³ ÖZKOL, Adil, "Çağdaş Parlamenter Demokrasilerde Kuvvetli İcra Eğilimi", AÜHFD, C.XXVI, Sy.1-2, 1969, s. 47.

devletlerinde yasama ve yürütmenin kesin bir şekilde birbirinden ayrılmış olduğu bir sistemi görmek pek mümkün değildir. Değişen şartlar, her iki organın birbiriyle ilişkilendirilmesini ve işbirliği yapmasını zorunlu hale getirmektedir.⁴³⁴ Anayasacılık akımının ilk dönemlerinde var olmayan siyasal partiler, günümüzde büyük gelişme göstererek siyasal alanın gerçek hakimi haline gelmişlerdir.⁴³⁵ Eskiden yasama-yürütme ilişki ve dengelerine dayanan kuvvetler ayrılığı, yerini, iktidar-muhalefet partileri arasındaki ilişkiye bırakmıştır.⁴³⁶

Yasama organında, çoğunluğun temsili görevini üstlenen bir ya da birkaç siyasi parti var olan anayasal düzenlemeler gereği yürütme gücünü kullanma yetkisini de elde etmektedir. Böylelikle yasama ile iktidarı aynı güç odağında toplanmış olmaktadır. Bu da beraberinde yasama ve yürütme kuvvetleri arasındaki ayrımın ortadan kalkmasını getirmektedir. Bu durum, hükümetin yasama organının güvenoyu ile iş başına gelip kalabildiği parlamenter rejimlerde daha keskin çizgilerle olmakta; yürütme ile yasama organları arasında, kuvvetler ayrılığı ilkesinin başlangıçta hiç öngörmediği bir şekilde fiili bir özdeşlik yaratmaktadır. Yürütmenin belirleyici olduğu söz konusu bu siyasal yapıda kuvvetler ayrılığı; yargı ve diğer iktidar odağını oluşturan yürütme-yasama ittifakı ayrılığına dönüşmektedir. Kıta Avrupası'ndaki parlamenter rejimlerde, kanunları yapma ile hükümet etme iktidarı bir elde toplanmıştır. Örneğin Türkiye'de iktidar partisi ya da partileri, yasama organında çoğunluğa sahip olarak yasama iktidarını elinde tutarken paralel olarak yürütme iktidarına da sahiptirler. Yürütmenin diğer bir başı konumunda olan Cumhurbaşkanının iktidar partisine mensup ya da onun tarafından aday gösterilerek desteklenmiş biri olması halinde, kuvvetler ayrılığı, söz konusu ilkenin başlangıçtaki haliyle bağdaşmanın oldukça uzağında bir görünüm arz etmektedir.

Gerek siyasi partilerin disiplini⁴³⁷ gerekse yürütme gücünü kullanan partinin sahip olduğu çoğunluğa dayanarak yasama organında kurduğu egemenlik, yasama

⁴³⁴ Yavuz, 2010, s. 105; Kapani, 1993, s. 286.

⁴³⁵ Özbudun, 1995, s. 19.

⁴³⁶ YANIK, Murat, Parti İçi Demokrasi, Beta Yayınları, İstanbul 2002, s. 62.

⁴³⁷ Doktrinde parti disiplini şu şekilde tanımlanmaktadır: "Parti yönetiminin kararlarının parti üyelerince sürekli olarak kabul edilmesi ve uygulanması nedeniyle ortaya çıkan tutarlılık ve parti yönetiminin elinde parti kararlarına uymayan parti üyelerini itaate zorlayacak bazı yöntem ve yaptırımların bulunmasıdır. Bu açıdan parti disiplini parti yönetiminin parti üyeleri ve örgütü üzerinde sahip oldukları otoritenin adıdır. Parti disiplini, parti liderlerinin parti üyeleri üzerinde ödül ve yaptırımlarla sağladığı kontroldür." Yanık, 2002, s. 58-59.

organının yerine getirmesi gereken denetim ve kontrol sistemini etkisiz bir hale getirmektedir. Bu durumda, yasama-yürütme ayrılığının eski önemini koruyamadığı bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak hemen belirtilmelidir ki, yasama organları, az ya da çok oranda toplumda var olan çeşitli düşüncelerin temsil ve ifade edilebildiği yer olma özelliğini devam ettirmektedir. Bu anlamda yasama ve yürütme arasındaki ayırım elbette ki varlığını korumaya devam etmektedir.⁴³⁸

3. Kuvvetler Ayrılığı Bağlamında Yargı Bağımsızlığı

Kuvvetler ayrılığı, sadece yasama ve yürütmenin aşırı yetkiler kazanarak bunu özgürlükler aleyhine kullanma ihtimaline karşı denetim-kelepçeleme amaçlı bir siyasal teori değil; aynı zamanda devletin bireylerle olan ilişkilerinde açıklık ve adalete dayanma ilkesidir. Bunun altında yatan düşünce, hukuk kuralını koyan ve uygulayan kimsenin, bu kuralın belli olaylara açık-adil şekilde uygulanıp uygulanmadığını yargılayan kişi de olmamasıdır. Bu, yasama ve yürütmenin birbirinden ve de özellikle yargıdan ayrılmasından daha çok yargının, yürütme ve yasamadan ayrılmasını gerektirmektedir. Bu kavram daha çok, İngiliz Common-Law’undaki ‘doğal adalet’ (natural justice), başka bir ifadeyle bir kimsenin kendi davasının yargıcı olamayacağı temel ilkesine benzemektedir.⁴³⁹ Kuvvetler ayrılığı ilkesinin altında yatan bu adalet düşüncesi beraberinde, söz konusu ilkenin bugünkü anlamı olan yargı bağımsızlığını getirmektedir.⁴⁴⁰ Bu ilkenin, geçmişten günümüze değişmeksizin gelen bu nedenle de önem ve değerini koruyan bu yönü, yargı organının bir güç bloğuna dönüşmüş olan diğer iki organ karşısındaki bağımsızlığını sağlayan ilke ve kurumları ortaya koyarak temel hak ve özgürlükler bakımından çok önemli bir güvence unsurunu oluşturmaktadır. Yargı organlarının, yasama ve yürütme organlarından net bir şekilde ayrılmadığı ve yargıç teminatının hayata geçirilemediği bir yerde, özgürlüklerin güvence altında olduğundan söz etmek mümkün değildir. Devlet iktidarının sınırlanması, temel hak ve özgürlüklerin etkili olarak korunabilmesi için, yargı organlarının özellikle de yürütme ve idare organları

⁴³⁸ Akgül, 2010, s. 98.

⁴³⁹ Güran, 1994, s. 94.

⁴⁴⁰ ŞAHBAZ, İbrahim, “*AIHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*”, AYD, Sy.25, 2008, s. 231.

karşısında bağımsızlığının tartışmasız bir şekilde sağlanması gerekir. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin bugün için bütün anlam ve önemi yargı bağımsızlığı çerçevesinde ortaya çıkmakta olup bir adım daha ileri giderek belirtmek gerekirse, kuvvetler ayrılığı kavramı ile vurgulanmak istenen; yargı bağımsızlığıdır.⁴⁴¹ Temel hak ve özgürlükler ancak bağımsız bir yargı aracılığıyla hayata geçebilecektir.

Bu yönüyle kuvvetler ayrılığı, aynı zamanda yönetsel organların, oluşumu, yetki, görev ve çalışma usullerine ilişkin anayasal kuralların varlığını da zorunlu kılmaktadır. Anayasal kurallar, bireysel özgürlükler bakımından son derece önemli olan; bir denetim sistemi ve bağımsız yargının varlığını hayata geçirecek şekilde düzenlenmelidir.⁴⁴² Diğer taraftan, böylesine bir yargının olduğu sistemlerde yasama ve yürütme arasındaki etkileşimin yürütme lehine olması da büyük bir tehdit olarak algılanmayacaktır.⁴⁴³

Diğer taraftan söz konusu ilkenin siyasal amacı özgürlüktür. Bu özgürlüğün hukuki güvencesi de yargı organı olup faaliyet alanı, meşruluğunu almış olduğu anayasalarda belirlenmiştir. Yargının meşruiyeti çok hassas dengeler üzerinde durmaktadır. Demokratik rejimlerde yargı meşruiyetini sonuç olarak bağımsız ve tarafsız olmasından almaktadır.⁴⁴⁴ Sınırlandırılmış bir devlet iktidarını ve bunu sağlamaya dönük olarak ihdas edilmiş olan kanunların egemenliğini, bireysel özgürlüklerin en önemli güvencesi olarak gören bir devlet yapılanmasını hayata geçirme fonksiyonunu yerine getiren yargı, bunu ancak ve ancak siyasal alanda yaşanan sert ve yıpratıcı tartışmaların uzağında, bu çatışmalardan korunmuş bir ortamda gerçekleştirebilir. Çünkü siyasal alan, olabildiğince değişken ve hepsinden önemlisi tarafsız bir yaklaşım takınmayı gerektiren bir alandır.⁴⁴⁵ Yargıdan özellikle de insan hakları çerçevesinde beklenen misyon ve ona devlet iktidarından kaynaklı olarak verilen yetkilerin büyüklüğü de dikkate alındığında yargının her şeyden önce bağımsız ve tarafsız olması gerektiği de açıktır. Yasama ve yürütmenin, özgürlüklere ölçsüz bir şekilde ve önceden belirlenmiş usullerin dışına çıkarak müdahale etmesi

⁴⁴¹ Doktrinde, yargı bağımsızlığının temelinde; kuvvetler ayrılığı ilkesinin olduğu belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KIRMAZ, Birol, Avrupa Birliği Sürecinde Hakimlerin Denetimi ve Yargı Bağımsızlığı, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 16.

⁴⁴²YOKUŞ, Sevtap, Türkiye’de Yürütme Erkinde Değişen Dengeler, Yetkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 20.

⁴⁴³ Akgül, 2010, s. 98.

⁴⁴⁴ TOSUN, Fahri Mutlu, “Yargı ve Demokratik Meşruiyet”, TBBD, Sy.88, 2010, s. 325.

⁴⁴⁵ ŞİRİN, Tolga, “Erkler Ayrılığı ve Hassas Meşruiyet Dengesinde Yargı”, GHD, Sy.56, 2008, s.12.

şeklinde ortaya çıkan kötü yaşanmışlıklar nedeniyle uluslararası insan hakları belgeleri⁴⁴⁶ yargıyı bir güvence unsuru olarak görmektedir.⁴⁴⁷ İktidarı elinde bulunduranların özgürlükleri hukuka aykırı bir şekilde ortadan kaldıran eylem ve işlemlerinin engellenmesi ancak, yasama ve yürütmeden ayrı ve en önemlisi bağımsız bir yargı organının varlığı ile mümkündür. Aslında bu yönüyle bağımsızlık yargının olması gereken bir niteliği değil bizatihi kendisi olmaktadır. Yargının güvence unsuru olabilmesi onun bir otorite haline gelmesiyle mümkün olabilir. Bu da onun karar verirken ne ölçüde bağımsız ve özgür olduğu hususuyla yakından ilgilidir.⁴⁴⁸ Yargı bağımsızlığı, başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere tüm devlet ilke ve kurumlarıyla büyük bir özenle korunması gereken temel bir ilkedir. Çünkü söz konusu ilke, anayasal devletin temelini oluşturmaktadır.

Bugünkü bilinen anlam ve unsurlarıyla yargı bağımsızlığı ilkesi, düşünsel olarak XVII. yüzyılda Aydınlanma ve rasyonel hukuk çerçevesinde ya da bunların biçimlendirdiği bir toplumsal alanda var olmaya başlamış, XVIII ve XIX. yüzyıl burjuva devrimleri ve anayasacılık hareketleriyle de anayasal düzenlemelerdeki yerini almıştır.⁴⁴⁹ Yargı bağımsızlığı, özellikle de bireysel hak ve özgürlüklerin ön planda olduğu davalarda verilen tartışmalara neden olan kararlardan yargı sisteminin sorunları çerçevesinde yaşanan siyasi çekişmelere, siyaset bilimi ve hukuk alanında yapılan bilimsel tartışmalara varan geniş bir alanda kendisini göstermektedir. Mesele, anayasal devlet bakımından ise kendisini hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı kavramları arasındaki fonksiyonel ilişkiler üzerinden göstermektedir.

Bir ülkenin ulaştığı olduğu gelişmişlik seviyesini belirlemede başvurulacak ölçütlerden biri; özgürlüklerin ne ölçüde hayata geçtiğidir. Bu çerçevede özgürlüklerin en etkili güvencesi olan yargı ve adalet hizmetlerinin nasıl yerine

⁴⁴⁶ Yargı bağımsızlığı taşıdığı önem nedeniyle sadece Türk Anayasasında değil aynı şekilde Avrupa Birliği'ne dahil olan ülkelerin anayasalarında da güvence altına alınmıştır. Bu konuda 1949 Alman, 1947 İtalyan, 1937 İrlanda, 1958 Fransız, 1975 Yunan, 1974 Portekiz, 1978 İspanyol anayasaları örnek olarak verilebilir. Yargının bağımsız olması gerektiği ve bunun anayasal güvenceye kavuşturulması en azından teorik olarak tüm ülkeler için geçerli bir husustur. Bağımsız yargı, uluslararası sözleşmelerde de ifade edilmiştir. İHEB'nin 10, AIHS'nin 6. maddesinde bireye yargısal korumayı sağlayacak olan mahkemenin nitelikleri arasında bağımsız olması da belirtilerek bunun bireyin hakkı olduğu vurgulanmıştır.

⁴⁴⁷ Şahbaz, 2008, s. 231.

⁴⁴⁸ MAHFUD, Moh, “*Endonezya Anayasa Mahkemesi'nin Bağımsızlığının, Tarafsızlığının ve Sorumluluğunun Sağlanması*”, AYD, Sy.27, 2010, s. 53.

⁴⁴⁹ SANCAR, Mithat, “*Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*”, İçinde: Devlet Aklı Kıskaçında Hukuk Devleti, Der.: Mithat Sancar, İletişim Yayınları, İstanbul 2000, s. 183.

getirildiği büyük önem kazanmaktadır. Yargısal faaliyetler adalete hizmet ettiği sürece özgürlüklerin güvencesi olabilecektir. Bunun en başta gelen şartı ise onu yerine getirenlerin, başka bir ifadeyle yargıç ve mahkemelerin bağımsız olmasıdır. AYM, yargı bağımsızlığını, hukuk devleti ilkesinin temel unsurlarından biri; temel hak ve özgürlüklerin en etkin güvencesi; anayasal devletin olmasa olmazı olarak görmektedir.⁴⁵⁰ Herhangi bir güç odağının baskı ya da yönlendirmesi altında yargısal faaliyetlerini yerine getiren bir yargıcın adalete ve özgürlüklere hizmet edemeyeceği çok açıktır. Yargının bağımsız olması gerektiği düşüncesinin özellikle de günümüzde siyasal sistemi hangi nitelikte olursa olsun hemen hemen her ülkede çeşitli düzeylerde genel bir kabul görmesi konunun ne kadar önemli olduğunu göstermektedir.

Geçmişte de bu ilkeye yalnızca özgür demokratik rejimlerde değil, anti-demokratik, otoriter rejimlerde de yer verilmiştir. Öyle ki 1950'lerin Sovyet Rusyası'nda dahi söz konu ilke, bir anayasal prensip olarak yer almıştır.⁴⁵¹ Bu ilkeye yer vermenin herhangi bir şekilde gerekli olmadığı, hatta bir bakıma iktidar ilişkileri bakımından tehlikeli olduğu mutlak monarşilerde bile, örneğin katı bir mutlakiyet taraftarı olan Bodin tarafından savunulmuştur.⁴⁵²

Yargıç da aslında karar verirken hangi nedenden kaynaklanırsa kaynaklansın hiçbir odağın ya da kişinin etkisi altına girmeyen kişi demektir.⁴⁵³ O, bir davada uyuşmazlık halindeki menfaatler arasında adalet terazisinin dengesini ne eksik ne de fazla tartmadan bulmaya çalışacaktır. Bunun için de yargıcın, muhakeme dışı çeşitli değişkenlere bağlı olmaksızın, onların baskı ve yönlendirmesinden uzak bir şekilde karar vermesi yani bağımsız olması gerekmektedir.⁴⁵⁴ Yargıçların söz konusu nitelikleri kazanacak şekilde yetiştirilmesi için anayasal ve yasal düzenlemelerin, gerekli hukuksal ve fiili ortamları hazırlayacak nitelikte olması gerekir.⁴⁵⁵ Yargıçları diğer memurlardan ayıran en önemli özellik de onların bağımsız oluşudur. Hemen

⁴⁵⁰ 2012/100 E, 2013/84 K, 04.07.2013. Bkz. 02.08.2013 tarihli ve 28726 sayılı RG.

⁴⁵¹ KAPANİ, Münici, İcra Organı Karşısında Hakimlerin İstiklali, AÜHFY, Ankara 1956, s.1.

⁴⁵² Sancar, 2000 (a), s. 182.

⁴⁵³ Şahbaz, 2008, s. 233.

⁴⁵⁴ GÖKPINAR, Mahmut, Adil Yargılanma Hakkının Asgari Gereklere Karşısında Türk Kamu Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s. 50.

⁴⁵⁵ Şahbaz, 2008, s. 233.

belirtmek gerekir ki tarafsızlık⁴⁵⁶ ve bağımsızlık kavramları birbirinden farklı olup başka değerleri ifade etmektedirler. Bir yapı bağımsız olmasa bile tarafsız olabilir ve yine aynı şekilde tarafsız olmadan bağımsız da olunabilir.⁴⁵⁷ Bununla birlikte AYM'nin bir kararında, yargı bağımsızlığının; yargıcın, çekinmeden ve herhangi bir konuda endişe duymadan, Anayasa'nın öngördüğü gereklerden başka hiç bir dış etki altında kalmadan, tarafsız bir tutumla, özgürce karar verebilmesi olduğunu belirterek tarafsızlığın, yargı bağımsızlığının bir unsuru olduğunu vurgulamaktadır.⁴⁵⁸

a. Bir İlke Olarak Yargı Bağımsızlığı

Doktrinde yargı bağımsızlığını ifade etmek üzere, 'mahkeme bağımsızlığı'⁴⁵⁹ 'yargıç bağımsızlığı'⁴⁶⁰ gibi kavramların da kullanıldığı görülmektedir. Mahkeme bağımsızlığı kavramını kullananlara göre bağımsızlık, hem mahkemenin bütünü hem de her bir üyesiyle ilgili bir kavramdır. Mahkemenin kurumsal yapısındaki bağımsızlık, mahkeme üyelerinin aralarındaki ilişkilerde de sağlanmış olmalıdır.⁴⁶¹ Çünkü mahkemeler her zaman tek hakimden oluşmamaktadır. Bazı üyelerin

⁴⁵⁶ Yargının tarafsızlığı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Gökpınar, 2008, s. 66-70.

⁴⁵⁷ Bununla beraber AİHM, bağımsızlık ve tarafsızlık ilkelerinin ihlali iddialarını birlikte inceleyerek bir sonuca ulaşmaktadır. İNCEOĞLU, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu Ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak Ve İlkeler, Beta Yayınları, İkinci Baskı, İstanbul 2005, s. 181.(Bellious/Switzerland davasında olduğu gibi. Başvuru No: 10328/83, 29.04.1988. Kararın Türkçe çevirisi için bkz.

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57434#{"itemid":\["001-57434"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57434#{); e.t: 12.12.2013. LEIGH, H.Leonard, "Adil Yargılanma Hakkı Ve Avrupa İnsan Hakları Anlaşması", İçinde: Adil Yargılanma Hakkı Ve Ceza Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 343.

⁴⁵⁸ 2012/100E, 2013/84 K, 04.07.2013. Bkz.

<http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/>. e.t: 04.05.2012; TBMM'de 2011-2013 yılları arasında yeni bir anayasa taslağı oluşturmak üzere faaliyette bulunan TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonunun, konuyla ilgili olarak üzerinde uzlaşmaya varılan taslağının, 'Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı' başlıklı 112. maddesinde, mevcut düzenlemeden farklı olarak hakimlerin görevlerinde 'bağımsız ve tarafsız' olduğu belirtilmiştir. TBMM'de grubu bulunan siyasi partilerin konuyla ilgili önerileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz BARIN Taylan, TÜRKİYE'NİN YENİ ANAYASA ARAYIŞI: 2011-2013 TBMM ANAYASA UZLAŞMA KOMİSYONU TECRÜBESİ, AK Parti, CHP, MHP ve BDP'nin Anayasa Önerileri ile 1982 Anayasası ve Anayasa Uzlaşma Komisyonu Taslağının Karşılaştırılması, XII Levha Yayınları, İstanbul 2014, s. 440-446.

⁴⁵⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. GRABENWARTER, Christoph, "Yargılama Güvenceleri-Adil Yargılanma Hakkı", İçinde: Adil Yargılanma Hakkı Ve Ceza Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 200; EVİK, Vesile Sonay, "Ceza Ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı", İçinde: Adil Yargılanma Hakkı Ve Ceza Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 294; KESKİN, Serap, "Yargıç Bağımsızlığı", İçinde: Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998, s. 129.

⁴⁶⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, 2009, s. 42.

⁴⁶¹ Grabenwarter, 2004, s. 200.

bağımsız olması da mahkemenin bağımsızlığı sonucunu kendiliğinden doğuramayacağı için ayrıca bir mahkeme bağımsızlığı kavramına ihtiyaç vardır.⁴⁶² Yargıç bağımsızlığı kavramını kullananlara göre ise, Türk Hukukunda 1982 Anayasası'nın 'Mahkeme Bağımsızlığı' başlıklı 138. maddesinin 1. fıkrasında, 'hakimler Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler' denmektedir. Söz konusu maddenin kenar başlığı her ne kadar 'Mahkeme Bağımsızlığı' ise de madde, içerik olarak yargıçlara yönelik olup onların bağımsızlıklarını sağlamak amaçlı ilkesel esasları hüküm altına almıştır.⁴⁶³ Bağımsızlık makamın değil süjenin-yargıcın bir niteliğidir.⁴⁶⁴ Hatta davacı ve sorgu yargıçlığı görevlerinin aynı kişilerde toplandığı sistemlerde bile bu tür görevlinin, davacı (savcı) sıfatıyla hareket etmesi veya etme olasılığının bulunmaması koşuluyla yargı bağımsızlığı savcılık mensuplarını da kapsamı gereken bir ilkedir.⁴⁶⁵

Hemen belirtmelidir ki kanaatimizce önemli olan, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini ilgilendiren yargısal kararların, hukukun çizdiği sınırların dışında başka hiçbir etki olmaksızın özgürce verilebilmesidir. Mahkeme bağımsızlığı kavramı ise bu amacı karşılayamamaktadır. Çünkü tüm mahkemeler sadece yargıçlardan oluşmamaktadır. Örneğin askeri mahkemelerin yargıç olmayan, muharip sınıftan üyesi bulunmaktadır. Diğer taraftan Türk Hukukunda 1982 Anayasası mahkeme bağımsızlığından söz etmiştir. Anayasanın 9 ve 138. maddeleri incelendiğinde, bağımsızlığa ilişkin ilkelerin hem mahkemelere hem de yargıçlara yönelik olduğu görülmektedir. Bu durumda bağımsızlığın hem makam- mahkeme hem de süje-yargıç düzeyinde sağlanması gerektiği açıktır. Yargısal bağımsızlık, kendi başına bir amaç olmayıp bir anlayış meselesidir; gerektiğinde yasama ve özellikle de yürütmeden bağımsız olarak hukuka uygun bir biçimde bireye karşı güç kullanılıp kullanılmayacağına karar verebilmektir.⁴⁶⁶ Tüm bu nedenlerle bu çalışmada yargıç bağımsızlığı ile mahkeme bağımsızlığı aynı kapsamda ele alınacak ve yargı bağımsızlığı kavramının kullanılması tercih edilecektir.

⁴⁶² Evik, 2004, s. 294; Keskin, 1998, s. 129.

⁴⁶³ Keskin, 1998, s. 130.

⁴⁶⁴ Dursun, 2009, s. 44.

⁴⁶⁵ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlüğü Ve Güvenliği", AÜSBFD, C.49, No:3, 1994, s. 210.

⁴⁶⁶ AKGÜL, Mehmet Emin, "Yargısal Bağımsızlık: Amerika Birleşik Devletleri Örneği", MÜHAD, C.14, Sy.3, 2008, s.138.

Bağımsızlık genel olarak, iki organ arasındaki ilişkinin niteliğini açıklayan bir kavram olup, bu; bir organın fonksiyonel olarak diğerinin etki ve müdahalesi olmaksızın faaliyet gösterip görevini yerine getirme imkânıdır.⁴⁶⁷ Yargı bağımsızlığı doktrinde değişik şekillerde tanımlanmaktadır. Bunlardan bir tanesinde yargı bağımsızlığı, yargının diğer iki anayasal kuvvete-erke göre olan konumu dikkate alınarak tanımlanmıştır. Buna göre, yargı bağımsızlığı, yargıçların gerek yürütme gerekse yasama organına bağlı olmaması, onlardan bağımsız olması, bu iki organın yargıçlara emir ve talimat verememesi, tavsiyede dahi bulunamamasıdır.⁴⁶⁸ Diğer bir tanımda ise ek olarak, yargıçların yukarıda ifade edilenlerin dışında idareye de bağlı olmaması, idareden bağımsız olması, idare organlarının yargıçlara emir ve talimat verememesi ve tavsiyede bulunamaması da yargı bağımsızlığının gereklerinden sayılmıştır.⁴⁶⁹ Söz konusu bu tanımlar 1982 Anayasası'nın 138. maddesinin 2. fıkrasındaki hükümle paralellik arz etmektedir. Daha öncesinde belirtildiği gibi, bireylerin temel hak ve özgürlüklerine gelebilecek en büyük tehlike her zaman için yürütme-idareden geleceği için çalışma bağlamında biz de bu tanımlara katılmaktayız.

Diğer bir tanımda ise yargı bağımsızlığı, yargıçların (mahkemelerin) hukukun çizmiş olduğu sınırlar içinde her türlü etki ve baskıdan uzak bir biçimde özgür ve serbest iradeleriyle hukuksal uyumsuzlukları çözüp karara bağlamalarına imkân veren ortamın yaratılmasıdır.⁴⁷⁰ Yargıcın ve yargısal organların kendisinin de bağımsızlıkta dikkate alındığı, tarafsızlığın bağımsızlığın bir unsuru olarak değerlendirildiği geniş kapsamlı bir başka tanımda ise, yargı bağımsızlığı; yasama, yürütme, bir başka yargı organı, kamuoyu ve yargıcın kendi inanç ve görüşlerinden etkilenmeden tarafsız olarak karar verebilmesi ve kanunun herkes için eşit olarak uygulanması biçiminde tanımlanmıştır.⁴⁷¹ AİHM içtihatlarına göre, herhangi bir mahkemenin, yürütme ile yasama organlarının etki ve baskısı altında kalmaması, taraflarla herhangi bir hukuki ya da fiili bağının bulunmaması ve tek tek mahkeme üyelerinin yargısal görevlerini yaparken emir ve talimat almamaları bağımsızlık bakımından zorunlu unsurları

⁴⁶⁷ Keskin, 1998, s. 130.

⁴⁶⁸ Dursun, 2009, s. 44.

⁴⁶⁹ Günday, 2002, s. 46.

⁴⁷⁰ TANRIVER, Süha, “*Hukuk Yargısı(Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı*”, TBBD, Sy.53, 2004, s. 196.

⁴⁷¹ Kırmaz, 2009, s. 17.

oluşturmaktadır. Söz konusu karardan da anlaşılacağı üzere Mahkeme, tarafsızlığı bağımsızlığın bir unsuru olarak değerlendirmektedir.⁴⁷²

AİHM, bir mahkemenin bağımsızlığını değerlendirirken, üyelerin atanma ve görevden alınma usulünü,⁴⁷³ görev süresini,⁴⁷⁴ üyelere emir verme yetkisine sahip bir makamın olup olmadığını, üyelerin hukukun gerekleri dışındaki her türlü etkiden korunmasını sağlayacak önlemlerin alınıp alınmadığını⁴⁷⁵ ve mahkemenin bir bütün olarak bağımsız bir görünüm verip vermediğini denetlemektedir.⁴⁷⁶

Yargı, sadece kendi dışındaki güç odaklarına karşı değil, kendi içinde de korunmalı, yargı, yargıya karşı da bağımsız olmalıdır. Yargı içindeki üst makamların alt makamlar üzerindeki denetimi kanunun çizmiş olduğu sınırlar içinde gerçekleşmeli; yargıç aynı derecedeki diğer meslektaşlarından gelebilecek etkilere de maruz kalmamalıdır.⁴⁷⁷ Bu çerçevede, söz konusu ilke ile kişilerin güç ve imkânlarına bakılmaksızın, kanuni sınırlar içinde eşit biçimde yargılanmaları ve güçsüz olanın güçlü karşısında korunması amaçlanmaktadır.⁴⁷⁸ AYM de benzer şekilde, yargı bağımsızlığının, demokratik bir toplumda, anayasal devlet yapısı içinde yer alan tüm kurum ve kuruluşlar ile bireylere karşı da düşünülerek sağlanması gerektiğini belirtmiştir.⁴⁷⁹ Bu nedenle, yargı bağımsızlığı medyaya, kamuoyunun baskı ve yönlendirmelerine karşı da güvence altına alınmalıdır.

Bağımsız olmak için her şeyden önce bir mahkemenin, yetkisi dahilindeki hukuksal uyuşmazlıkları, mevcut kanun hükümleri temelinde ve öngörülen yargılama

⁴⁷² Chevrol/Fransa, Başvuru No: 49636/99, 13.02.2003. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60941#{"itemid":\["001-60941"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60941#{); e.t: 21.07.2014.

⁴⁷³ Campbell ve Fell/Birleşik Krallık, Başvuru No: 7819/77, 28.06.1984, Kararın Türkçe çevirisi için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=84>, 21.07.2014

⁴⁷⁴ Albert ve Lecompte/Belçika, Başvuru No: 7299/75, 10.02.1983, Kararın Türkçe çevirisi için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=62>, 21.07.2014

⁴⁷⁵ Beaumartin/Fransa, Başvuru No: 15287/89, 24.11.1984. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57898#{"itemid":\["001-57898"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57898#{); e.t: 21.07.2014

⁴⁷⁶ Campbell ve Fell/Birleşik Krallık, Başvuru No: 7819/77, 28.06.1984. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=84>, e.t: 21.07.2014 ;Pearsenk/Belçika, Başvuru No: 8692/79, 01.10.1982. Kararın Türkçe çevirisi için bkz.

<http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=56>, e.t: 21.07.2014 Benzer yöndeki görüşler için bkz. Gölcüklü/Gözübüyük, 2003, s. 281; GÖZLÜGÖL, Said Vakkas, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve İç Hukukumuz Etkisi, 2.Baskı, Ankara 2002, s. 178.

⁴⁷⁷ ÖZKORKUT, Nevin Ünal, “Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı’da ve Günümüz Türkiye’sinde Yargıya Genel Bir Bakış”, AÜHFD, C.57, Sy.1, 2008, s. 228.

⁴⁷⁸ Kırmaz, 2009, s. 17.

⁴⁷⁹ 2012/100 E, 2013/84 K, 04.07.2013. Bkz. 02.08.2013. tarihli ve 28726 sayılı RG.

usulüne uygun olarak yürüterek karara bağlamak üzere kurulmuş olması gereklidir.⁴⁸⁰ Mahkeme ve yargıçların görevlerini huzur ve sükûn içinde, başta hayat ve kariyer olmak üzere her türlü endişe, maddi ve manevi baskı ve dış etkiden uzak bir şekilde yerine getirmeleri sağlanabiliyorsa başka bir ifadeyle, sadece hukukun gerekleri doğrultusunda özgürce düşünüp davranabiliyorlarsa bağımsızlıkları sağlanmış demektir.⁴⁸¹ Bu çerçevede baskı yapılması kadar yapılma ihtimalinin bulunması dahi bağımsızlığı zedeler.⁴⁸²

b. Yürütme Organı Karşısında Bağımsızlık ve Yargıç Teminatı

İdari yargı ve anayasa yargısı başta olmak üzere yargı organı vermiş olduğu bağlayıcı kararlarla, aslında bir bakıma devlet iktidarının dolayısıyla da bunu kullanma yetkisini elinde bulunduran siyasetin sınırlarını çizmektedir. Bu durum, siyasi iktidarı başta bu iki yargı sistemi olmak üzere genel olarak yargıya nüfuz etme, hatta bazen açık ya da örtülü bir şekilde müdahale etme, bazen de kararlarını uygulamayarak etkisizleştirme yoluna itmektedir. Yargının siyasetle bu şekilde karşılaşması bir yandan bireylerin temel hak ve özgürlüklerini, diğer yandan da kamu yararını korumak olan misyonunu tam anlamıyla yerine getirememesine yol açmaktadır.⁴⁸³ Siyasetin ve onun yönetiminde olan yürütmenin istediği gibi hareket edebilmesinin yolu; yargıyı kendine bağlı herhangi bir organ hale getirmekten geçmektedir. Yargının bu şekilde iktidarın elinde bir araç konumuna indirgenip, toplumun belli amaçlar doğrultusunda yeniden dizaynında kullanılabilmesi ise ancak bağımsızlığı yok edilmiş bir yargı düzeni ile mümkündür. Çünkü yargının diğer iki güç odağına karşı en büyük silahı onun bağımsızlığıdır. Böylesine bir sosyal ve siyasal hayatın hakim olduğu toplumda, yargı ve korumakla yükümlü olduğu temel hak ve özgürlükler savunmasız kalmış; baskıcı otoriter bir düzene gidişin ilk adımları atılmıştır.⁴⁸⁴

⁴⁸⁰ Dursun, 2004, s. 374.

⁴⁸¹ Evik, 2004, s. 293.

⁴⁸² ÖZTÜRK, Bahri, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 3.Bası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, No:46, Ankara 1994, s. 134-135.

⁴⁸³ AZRAK, Ali Ülkü, “Türkiye’de İdari Yargının Bağımsızlığı”, AYD, Sy.25, 2008, s. 215.

⁴⁸⁴ ÇEÇEN, Anıl, İnsan Hakları, Gündoğan Yayınları, İkinci Baskı, Ankara 1989, s. 111.

Bu nedenlerle yargı bağımsızlığına karşı en büyük tehdit her zaman yürütme organından gelmiştir. Çok önemli ve önemli olduğu kadar da gerçekleştirilmesi zor olan, yargı bağımsızlığının yürütme organı ve onun uzantısı konumundaki idareye karşı sağlanabilmesidir. Konuyla ilgili olarak Anayasalarda yer alan genel hükümlerin varlığı da tek başına bunu sağlamaya yeterli değildir. Nitekim, AIHM de yargı bağımsızlığının asıl göstergesinin ”yürütme gücüne karşı tamamen bağımsız olma” olduğunu vermiş olduğu çeşitli kararlarda belirtmektedir.⁴⁸⁵

Yargı bağımsızlığı için mahkeme ve yargıçların bağımsız ve adil olduğundan, şüphe dahi edilmemelidir. Bu yönüyle bağımsızlık, hukuk devletinin temelini teşkil eden adaletin hayata geçmesi bakımından oldukça önem arz etmektedir. Siyasal iktidar tarafından atanan, görevinden alınarak yerinin veya görevinin değiştirilmesi her zaman mümkün olabilen yargıçların verdikleri kararlar hukuken ne kadar doğru olursa olsun, halk tarafından şüphe ile karşılanır ve genellikle bunlara saygı duyulmaz.⁴⁸⁶ Böylesine bir ortamda toplumun adalete olan güveni sarsılmıştır. Adalete olan inanç o toplumu ayakta tutan en önemli olgu olup halk, adalete olan güvenini kaybetmişse hukuk devleti sarsılmış, o sistem çürümüş demektir ve kısa bir zamanda çökmeye mahkûmdur.⁴⁸⁷ Toplumsal bir erdem olan adalet ancak ve ancak bağımsız bir yargılama sürecinin ürünü olarak ortaya çıkarak toplumsal yaşamdaki yerini alacaktır.⁴⁸⁸

b.1. Yargıçlık Teminatı

Yürütme organı karşısında yargı bağımsızlığını sağlamaya yarayan araçların ilki ve en önemlisi yargıçlık teminatıdır. Yargıçlık teminatı; çağdaş anayasal devletlerde bağımsız yargıyı hayata geçirebilmek için, yargısal faaliyete katılma yolu önemli olmaksızın söz konusu sürece katılanlara görevlerinin özelliğinden dolayı

⁴⁸⁵ Bkz. Campbell ve Fell/Birleşik Krallık, Başvuru No:7819/77, 28.06.1984. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=84>. e.t:14.09.2013; Sramek/Avusturya, Başvuru No:8790/79, 22.10.184. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=88>. e.t: 14.09.2013

⁴⁸⁶ Keskin, 1988, s. 131.

⁴⁸⁷ Keskin, 1988, s. 131.

⁴⁸⁸ Çeçen, 1989, s. 111.

getirilen ve öbür görevlilerden farklı olarak anayasal olarak düzenlenmiş olan bir takım kişisel güvenceler şeklinde tanımlanabilir. Böylelikle, yargıçların nüfuz ve itibarlarının yükseltilmesi; onların huzurlarının sağlanmasından daha çok özgür iradeleriyle karar ve hüküm verebilmeleri sağlanarak halka, adaletin her türlü tazyik ve etkiden arınmış olarak tesis edildiği yolunda güven ve inanç telkin edilmiş olmaktadır.⁴⁸⁹ Kanaatimizce, yargıçlık teminatı her ne kadar kişisel bir güvence ise de bununla asıl sağlanmak istenen, bağımsız bir yargı organınca verilen kararlar ile koruma altına alınan özgürlükler temelinde ortaya çıkan kamu yararadır.

Yargıçlık teminatının yazılı bir kanunda güvence altına alınması ilk defa 1701 yılında İngiltere’de olmuştur. Bu tarihe kadar yargıçlar hiçbir teminata sahip değillerdi. İngiltere’de krallar yargıçları diledikleri gibi mesleğe kabul yada azledip kararlarına sık sık müdahale imkanına sahiptilerdi. Söz konusu Kanunla, yargıçların bağımsızlığını sağlamak üzere ‘iyi halleri devam ettiği müddetçe mevkilerini’ koruyacaklarını belirten bir hüküm getirilmiştir. Ancak aksine bir durumun söz konusu olması halinde, Meclisi oluşturan her iki kanadının kabul etmesi üzerine kral tarafından azledileceklerdi.⁴⁹⁰ 1776 tarihli Amerikan Bağımsızlık Bildirgesinde, “...yargı gücü kurmak üzere hazırlanan yasalara onay vermeyi reddederek yargı iradesini engellemiştir. Yargıçların görev sürelerini, maaşların miktarını ve ödeme biçimini sadece kendi iradesine bağlı hale getirmiştir...” denilerek Büyük Britanya Kralı’nın, yargıçların görev sürelerini, maaş tutarlarını ve ödeme biçimini sadece kendisinin belirleyip yargı yetkisinin verilmesine ilişkin kanunları onaylamamak suretiyle adaletin yerine getirilmesine engel olduğu belirtilmiştir. Bildirgede yargıçlık teminatı adaletin tecelli etmesinin olmazsa olmaz koşulu olarak görülmüştür.

Yargı bağımsızlığı, ancak bir makam olarak mahkemelerin bağımsızlığının yargıç teminatı ile desteklenip kuvvetlendirilmesi ile ortaya çıkacak; temel hak ve özgürlüklerin korunmasına hizmet edip, anayasal devletin hayata geçirilmesini sağlayacaktır. Mahkemelerin bağımsızlığı ile yargıç teminatı birbirini destekleyen iki olgu olup biri diğerrinin varlık nedenidir. Yargıca, kişisel, ekonomik ve görev güvencesi verilmelidir. Bu çerçevede görev güvencesi, dar anlamda yargıç teminatını

⁴⁸⁹ Kapani, 1956, s. 86.

⁴⁹⁰ Kapani, 1956, s. 90.

oluşturup yargıçların kendi istekleri ve bazı zorunlu hallerin dışında azledilememelerini kapsarken yargıca coğrafi teminat tanınması, belli bir yaştan önce emekli edilememesi, aylık ve ödeneklerden mahrum bırakılamaması gibi ekonomik ve kişisel güvenceler de geniş anlamda yargıç teminatını oluşturmaktadır.⁴⁹¹ AYM de, kadrosuzluk nedeniyle askerî yargıçların kanuni yaş sınırından önce emekliye sevk edilmelerinin idarenin takdirine bırakıldığı bir ortamda, yargıç teminatının ve dolayısıyla da bağımsız yargının varlığından söz edilemeyeceğine hükmederek⁴⁹² görev süresi güvencesinin önemini vurgulamıştır.

Kanada Anayasa Mahkemesi de benzer şekilde yargıç teminatını şöyle tanımlamıştır: *“Yargı makamı, yürütmenin veya atamaları yapmakla görevli otoritenin, isteğe bağlı veya keyfi her türlü müdahalesinden uzaktır. Yargıç teminatına göre, bir yargıç sadece yargılama kapasitesi ile ilgili bir sebep nedeniyle görevinden uzaklaştırılabilir ve bu nedene bağımsız bir inceleme ve tanımlama sonucunda karar verilebilir.”*⁴⁹³ Kanada Anayasa Mahkemesi bu korumanın gelenekler ile yapılmasının yeterli olmadığını, bunun kanun ile koruma altına alınması gerektiğini ifade etmektedir. Aynı davada Kanada Anayasa Mahkemesi, yargıç teminatının, görev süresi güvencesini kapsadığını, emeklilik yaşına kadar veya belirli bir zamana kadar yargıç sıfatı ile karar vermek üzere atanan kimsenin, yürütme veya diğer atama yetkisine sahip kurumların müdahalelerine karşı güvende olduğu anlamına geldiğini ifade etmektedir.⁴⁹⁴ Kanaatimizce yargıç teminatı; yargıcın kariyerine yargısal faaliyetlerde bulunarak devam edeceğine dair öngörüsünün korunması ve bunun vermiş olduğu güvenle hareket etmesidir. Söz konusu bu öngörüsünü fiilen devam ettirebilmesi, mali ve coğrafi çalışma şartlarıyla da yakından ilgili olduğundan bu hususlar da yargıç teminatı kavramı içinde değerlendirilmelidir. Maaş artışı dondurulan, ülkenin her bölgesinde her an çalışma olasılığı bulunan bir yargıcın söz konusu güvenle hareket ederek yalnızca hukukun gerekleri doğrultusunda karar vermesi beklenemez.

⁴⁹¹ Kapani, 1956, s. 84-85.

⁴⁹² 1998/39 E, 1998/78 K, 14.12.1998, AMKD, Sy.35, C.I, 2000, s. 323.

⁴⁹³ http://www.forces.gc.ca/site/reports/mjcc04/page4_e.asp den nakleden ve Çev: EROL, Mesut, “Kanada’da Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakim Teminatı”, TBBD, Sy.86, 2009, s. 329.

⁴⁹⁴ Erol, 2009, s. 329.

Yargıçlık teminatının sağlanabilmesi için, yargıçların mesleğe atanma ve meslekten çıkarılmalarına karar veren mercii, yürütme organı ve idareden bağımsız olması gerekir. Yine bağımsız ve tarafsız bir şekilde yargısal faaliyette bulunarak adaletin ortaya çıkabilmesinin yolu yargıçların atanma ve terfilerinin, mesleki yeterlilikleri ve hukuki birikimleri esas alınarak yapılmasından geçmektedir. Özellikle görev güvencesi, yargıçların seçim, atama ve terfilerinde yürütmenin söz sahibi olduğu ülkelerde daha büyük bir önem kazanmaktadır.⁴⁹⁵ Uluslararası sözleşmelerde, yargıçların görev süresinin, ömür boyu olabileceği gibi belirli bir emeklilik yaşının da belirlenebileceği ya da yürütmenin veya diğer bir atama yapma yetkisine sahip idari makamın takdiri veya keyfî olarak müdahalesine göre değişmeyen ve kısa olmayan belirli bir sabit sürenin öngörülebileceği belirtilmektedir. AIHM'nin Devlet Güvenlik Mahkemelerinin yapısını yargı bağımsızlığı bakımından incelemiş olduğu bir kararında,⁴⁹⁶ yargıçların görev sürelerinin bağımsızlıkları bakımından önemli bir unsur olduğu ve kısa süreli yargıç atamalarının bağımsızlığı ihlal edeceği belirtilmiştir. BM Yargı Bağımsızlığına İlişkin Temel İlkeler gere; hangi yolla atandığı önemli olmaksızın herhangi bir yargısal nitelikli göreve gelen yargıcın mecburi emeklilik yaşının veya önceden belirlenmiş olan sürelerin dolmasına kadar bu görevi sürdürmesi teminat altına alınmalıdır.⁴⁹⁷

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Rec (2010)12 Tavsiye kararında,⁴⁹⁸ yargıcın öngörülen süreden önce emekliliğinin ancak kendi isteğiyle veya tıbbi nedenlerle mümkün olabileceği belirtilmektedir. Benzer şekilde uluslararası sözleşmelere göre, atanmış yargıçlar, emeklilik için öngörülmüş olan yaş haddi süreleri dolana kadar bu yönde talepleri olmaksızın zorunlu nedenler dışında sürekli olarak görevden alınamamalıdır.⁴⁹⁹ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Rec

⁴⁹⁵ Ünal Özkorkut, 2008, s. 228.

⁴⁹⁶ İncal/Türkiye, Başvuru No: 41/1997/825/1001, 09.06.1998, kararın Türkçe çevirisi için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58197#{\"itemid\":\[\"001-58197\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58197#{\). e.t: 28.08.2014

⁴⁹⁷ Türkçe çeviri için bkz.

http://www.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/meslek_kurallari/bm_yargi_bagimsizligi_temel_pr_ensipler. e.t: 28.08.2014

⁴⁹⁸ Türkçe çeviri için bkz.

http://www.edchreturkeyu.coe.int/Source/Resources/Rec_2010_12_sayili_Tavsiye_Karari.pdf. e.t: 28.08.2014

⁴⁹⁹ İNCEOĞLU, Sibel, “Yeni Anayasada Bağımsız Bir Yargı İçin Neler Yapmalı? Uluslararası Belgeler Işığında Öneriler”, TBBD, Sy.95, 2011, s. 250.

(2010) 12 Tavsiye kararlarına göre;⁵⁰⁰ her şeyden önce söz konusu zorunlu nedenlerin, kanunda açık bir şekilde belirtilmiş olması gerekmektedir. Yargıcın, yargısal görevlerini çeşitli nedenlerle artık yerine getiremeyecek duruma gelmesi, kanunlarda öngörülmüş olan ceza hükümlerinin veya mesleğin belli bir düzen içinde yapılmasına ilişkin disiplin kurallarının ihlâl edilmesi gibi hususlar zorunlu nedenlere örnek olarak verilebilir.

Ülkemizde inceleme konusu ilke ve bunun başlıca dayanağı olan yargıçlık teminatı açık bir şekilde ve tüm ayrıntılarıyla ilk kez 1924 Anayasası'nda hüküm altına alınmıştır.⁵⁰¹ Yargıç teminatı Türk hukukunda geniş anlamıyla düzenlenmiştir. Gerçekten de, 1982 Anayasanın 139. maddesinde hâkimlerin azlolunamayacağı, kendileri istemedikçe Anayasa'da belirtilen yaştan önce emekliye ayrılamayacağı, bir mahkemenin kaldırılması sebebiyle de olsa aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun bırakılamayacağı ifade edilmiştir. Bu teminatın istisnai halleri olarak ise kanunda düzenlenmek şartıyla, meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olmak, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılmış olmak veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilmiş olmak durumları belirtilmiştir. Doktrinde, söz konusu istisnaların tanımlarının oldukça belirsiz olduğu, bunların 2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nda herhangi bir somutlaştırma yapılarak sınırları belirlenmeden, Anayasadaki ifadelerin tekrar edilmesi suretiyle düzenlendiği, disiplin cezası sonucu meslekten çıkarılma dışında, bu tür içeriği belirsiz istisnalara yer verilmesinin yargı bağımsızlığı bakımından oldukça riskli bir durum olduğu,⁵⁰² söz konusu istisnaların açıkça Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Rec (2010)12 Tavsiye Kararına aykırı olduğu belirtilmektedir.⁵⁰³

⁵⁰⁰ http://www.edchreturkeyu.coe.int/Source/Resources/Rec_2010_12_sayili_Tavsiye_Kararı.pdf. e.t: 28.08.2014

⁵⁰¹ Yargıçlık teminatı, 1924 Anayasası'nın 'Yargı erki' başlıklı 4. bölümünde şu şekilde düzenlenmiştir:

"**Madde 55-** Yargıçlar, kanunda gösterilen usuller ve haller dışında görevlerinden çıkarılamazlar. **Madde 56-** Yargıçların nitelikleri, hakları, görevleri, aylık ve ödenekleri, nasıl tayin olunacakları ve görevlerinden nasıl çıkarılacakları özel kanunla gösterilir.

Madde 57- Yargıçlar, kanunla gösterilenlerden başka genel veya özel hiçbir görev alamazlar."

⁵⁰² 2802 sayılı kanunu inceleyen Venedik Komisyonu da benzer kaygıları dile getirmiştir. Venedik Komisyonu, Opinion No 610/2011, 29.03.2011, p. 50.

⁵⁰³ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi MC/Rec (2010) 12 Tavsiye Kararı, p. 50; Ayrıntılı bilgi için bkz. İnceoğlu, 2011, s. 250.

Demokrasiye yakın sayılabilecek bir tarihte geçen Bulgaristan'da bile yargıç teminatı 1982 Anayasası ile karşılaştırıldığında daha somut ve güvenceli bir şekilde ortaya konmuştur. Bulgaristan Anayasası'nın konuya ilişkin 129. maddesi, ancak kasten işlenen bir suçtan dolayı alınan cezanın hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlamasıyla ilgili yargıcın meslekten uzaklaştırılacağını belirterek⁵⁰⁴ yargıçlara anayasal düzeyde koruma getirmiş, teminatın sınırlarını daha net bir şekilde ortaya koymuştur. Alman Anayasasının 97. maddesinde ise yargıcın görevinin sona ermesinin ilgili kanundaki hallerin gerçekleşmesi halinde ve yine kanunda belirtilen usule uygun bir şekilde ve ancak yargı kararı ile mümkün olabileceği belirtilmiştir. Söz konusu bu güvencenin yargıcın meslekle ilişkisinin kesilmesi sonucunu doğurmayan, geçici olarak görevden el çektilmesi durumunda dahi geçerli olacağı belirtilerek yargıç teminatına verilen önem ortaya konmuştur.⁵⁰⁵

Türk Hukukunda Anayasanın konuyu düzenleyen 139 maddesinde, meslekten çıkarmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giyme teminatın istisnalarından biri olarak belirlendiği halde hangi suçların bu nitelikte olduğunun tespitinin anayasal devletin gerekleri ile bağdaşmayacak bir şekilde kanuna bırakılmış olması, ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmiş durumlar dışında böyle bir mahkeme kararı şartının Anayasada belirtilmemiş olması ve daha da önemlisi mesleğe son vermenin, yargısal nitelik taşımayan idari bir makamın vereceği kararla tesis ediliyor olması yargıç teminatı bakımından son derece sakıncalı bir durum yaratmaktadır. Herhangi bir kararın idari makamca verilmesi beraberinde takdir yetkisini getireceğinden Türk Hukukunda yargıcın görevine son verilmesinde idari takdir yetkisi bulunmaktadır. Söz konusu bu yetki ise yargıçların usule ilişkin çok önemli bir güvenceden yoksun kalmalarına neden olmaktadır.⁵⁰⁶

⁵⁰⁴Bulgaristan Anayasası'nın İngilizce metni için bkz.

<http://www.parliament.bg/en/const.> e.t: 28.08.2014; Bulgaristan'daki yargı bağımsızlığı ve yargıç teminatı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BAYSAL, Mustafa, "Bulgaristan'da Yargı Bağımsızlığı ve Türkiye'deki Durum Üzerine Bazı Düşünceler", AÜEHFD, C.XI, Sy.3-4, 2007, s. 108-125.

⁵⁰⁵ Bkz.

<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20209-276.pdf>, e.t: 28.08.2014

⁵⁰⁶ Üzerinde uzlaşmaya varılan TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu taslağının 'Hakimlik mesleği ve teminatı' başlıklı 111. maddesinde de mevcut düzenlemeye paralel bir şekilde, meslekten çıkarmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giyme, teminatın istisnalarından biri olarak belirlenmiş ancak hangi suçların bu nitelikte olduğunun tespiti kanuna bırakılmıştır. TBMM'de grubu bulunan siyasi partilerin konuyla ilgili önerileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Barın, 2014, s. 446-452.

b.2. Yargıçların Hesap Verebilirliği ve Denetimi

Yargı bağımsızlığı için yargıç teminatı çok önemli olmakla birlikte temel hak ve özgürlüklerin gereği gibi korunabilmesi için söz konusu teminat kurumu ile yargıç sorumluluğu ve denetimi birbirlerini dengeler şekilde konumlanmalıdır. Herhangi bir yargıcın çeşitli nedenlerden dolayı görevini kötüye kullanması, hizmet içinde veya dışında mesleğin sahip olması gereken itibar ve güven duygusunu sarsacak davranışlarda bulunması, görevin getirmiş olduğu yetkileri bir takım suçların işlenmesinde araç olarak kullanması ya da yargısal faaliyetlerin yerine getirilmesinde uymak zorunda olduğu kimi davranış kurallarına kasten ya da ihmali olarak uymaması gibi kimi durumlarda hukuken bunun hesabını vermesi de gerekmektedir. Ancak bu şekilde yargı organları halk nezdinde güvenilir bir yapı olma niteliğini kazanabilir. Nasıl ki anayasal devlette kamusal yetki kullanan her organ ve kişinin gerektiğinde hesap verebilir olması çok önemli bir olguysa, yargı yetkisine sahip olarak bireylerin temel hak ve özgürlüklerini doğrudan ilgilendiren kararları veren yargıcın da hesap verebilirliği tıpkı bağımsızlık gibi çok önemlidir. Böylelikle hukukun sadece hukukun gerekleri doğrultusunda uygulanması sağlamak suretiyle özgürlüklerin hayata geçirilmesi sağlanmış olacaktır. Dolayısıyla bağımsızlık ile yargıcın hesap verebilirliği arasında bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması amacı çerçevesinde ortaya çıkan karşılıklı bir denge söz konusudur.

Diğer taraftan özgürlükler bakımından yargıçların yargı etiğine uygun davranışları da son derece önemlidir. Bu da, yargıcın hesap verebilirliğiyle yakından ilişkili bir durumdur. Hemen belirtilmelidir ki, yargıçların hesap verir olması ile yargı bağımsızlığı arasındaki denge oldukça hassas bir çizgide olup birinin varlığının diğerini ortadan kaldırması söz konusu olabilir. İkisi arasında kurulması oldukça zor olan bir denge bulunmaktadır. Disiplin süreçlerinin gerek işleyiş usulleri gerekse disiplin kurallarının içeriği yargıcın mesleki kariyerini biçimlendirerek onun bağımsızlığını belirleyen bir tehdit unsuru haline dönüşebilir. Başka bir ifadeyle iyi düzenlenmiş bir disiplin süreci yargıca teminat sağlayarak yargı bağımsızlığı için önemli unsur olabileceken, sınırları belirsiz bir şekilde düzenlenerek takdir yetkisini artıran, usule ilişkin güvencelerden yoksun hukuksal kurallara dayalı bir disiplin süreci de tam tersine yargı bağımsızlığı için bir tehdit unsuru haline gelebilir. Bu

durum, özellikle de yürütme organının elinde yargı kararlarını belirleyebileceği bir araç niteliğine dönüşebilir. Örneğin disiplin yaptırımına karar veren makamın oluşum ve işleyiş şekli, ne ölçüde tarafsız ve bağımsız olduğu, bu makam önünde yargıcın sahip olduğu savunma hakları, bu makamın kararlarının etkili bir yargısal denetime tabi olup olmaması, disiplin sürecindeki alenilik, yargıcın keyfi yaptırımlara uğraması tehlikesi karşısında sahip olduğu önemli güvenceler olacaktır.⁵⁰⁷

Özetle belirtmek gerekirse yargıç kariyerini doğrudan ilgilendiren dolayısıyla da yargıç teminatı ve yargı bağımsızlığı ile yakın ilişki içinde olan disiplin hukukuna ilişkin kararları biçimlendiren süreçlerin niteliği, yargıcın sahip olduğu usule ilişkin güvenceleri belirlemekte olup yargıç bağımsızlığı bakımından çok önemlidir.

Yine bu çerçevede olmak üzere yargıçların denetimi de yargı bağımsızlığıyla yakından ilgili bir konudur. 1961 Anayasasının 144. maddesinde, hakimlerin denetim ve soruşturmalarının Yüksek Hakimler Kuruluna bağlı ve sürekli olarak görev yapan müfettiş hakimler tarafından yapılacağı hüküm altına alınmıştı. 1982 Anayasasında ise 2010 yılı değişiklikleri öncesinde hakim ve savcılar denetiminin Adalet Bakanlığı bünyesinde ve doğrudan bakana bağlı olan Adalet Müfettişleri tarafından yapılması öngörülmüştü. Bu düzenlemeye göre, hakimlerin görevini hukukun gereklerine uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme, görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemedikleri, tutum ve davranışlarının görevin gereklerine uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma yapma yetkisi Adalet Bakanının onayı ile Adalet Müfettişleri tarafından kullanılmaktaydı. 2010 Anayasa değişikliği incelendiğinde ise yargıçlar hakkında inceleme ve soruşturmanın Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna(HSYK) bağlanmış müfettişler tarafından yapılmasının düzenlendiği görülmektedir.⁵⁰⁸ Hakkında soruşturma ve inceleme yapılacak olandan daha kıdemli yargıç veya savcı tarafından da bu işlemlerin yapılabilmesi hükmü varlığını devam ettirmiştir.

Söz konusu yönleri itibarıyla yargıç kariyeri üzerinde önemli sonuçlar doğurma ihtimali olan bu işlemlerin idari bir makam olan Adalet Bakanlığına değil de

⁵⁰⁷ İnceoğlu, 2007, s. 56.

⁵⁰⁸ 6087 sayılı Kanun 14. maddesinde Teftiş Kurulunun, Kurul adına görev yapacağı, 7. maddesinde ise Teftiş Kurulu Başkan ve Yardımcıları ile Kurul Müfettişlerinin HSYK Genel Kuruluna atanacağı belirtilmektedir.

nispeten daha bağımsız Kurul'a bağlı müfettişler tarafından yapılması, yargıç bağımsızlığı bakımından olumlu bir gelişmeysse de gerek ilgili dairenin teklifi ve HSYK başkanının yani Adalet Bakanının onayı ile soruşturma ve inceleme yapılabilecek olması nedeniyle idari bir makamın hala bu konuda söz sahibi olmaya devam etmesi gerekse Adalet bakanının onay vermemesi durumunda ise şikâyetçi konumundakilerin başvurabileceği bir yol olup olmadığının özel olarak düzenlenmeyip konunun genel hükümlere bırakılmış olması nedenleriyle yeterli bir düzenleme olmamıştır. Bakanın, HSYK başkanı olarak söz konusu bu işlemi yapması ve meslekten çıkarma cezası dışında yargıcın kariyerini etkileyecek nitelikteki diğer HSYK kararlarına karşı yargı yolunun kapatılması birlikte değerlendirildiğinde, yargıç bağımsızlığının fiilen sağlanması bakımından 2010 yılı Anayasa değişiklikleri öncesi duruma göre kayda değer bir iyileşmenin olduğunu söylemek pek mümkün görülmemektedir.

Diğer taraftan yargıçlar hakkında soruşturma ve inceleme izni verilip verilmemesinin Adalet Bakanının onayına tabi olması,⁵⁰⁹ Adalet Bakanının sonuçta siyasi bir otoriteyi temsil etmesi nedeniyle bu stratejik öneme sahip yetkinin özellikle de kamuoyuna mal olmuş bir takım davaların yargıçları hakkında kararı belirleyecek ya da istenilen yönde karar verilmemesinin bir müeyyidesi olacak şekilde siyasal saiklerle kullanma ihtimalini de taşımaktadır. Bu nedenle doktrinde, HSYK'daki dairelerden birine soruşturma veya inceleme başlatma yetkisi verilip, başka bir daireye de karar verme yetkisi tanınabileceği, yapılacak yeni bir Anayasal düzenlemeyle soruşturma izni verip vermeme konusunda Adalet Bakanına sadece ilgili daireden soruşturma başlatılmasını talep etme yetkisinin tanınabileceği, bu durumda da elbette ki ilgili dairenin konuyu sadece hukukun gerekleri bakımından değerlendirerek tamamen bağımsız bir şekilde karar verebileceği, yani gerektiğinde Bakanın talebinin reddedilebileceği düzenlemelerin yapılması gerektiği, ayrıca ilgili

⁵⁰⁹ Adalet Bakanı'nın dolaylı olarak sahip olduğu ilgili yargıç hakkında inceleme ve soruşturma onayı vermemek şeklindeki yetkisi 6524 sayılı Kanun değişikliği ile hüküm altına alınmıştır. AYM de söz konusu Kanunun iptali istemine ilişkin vermiş olduğu kararda inceleme ve soruşturma yapılması onayına ilişkin yetkinin, inceleme ve soruşturma yapılmasına yer olmadığına ilişkin yetkiyi de kapsadığını belirterek söz konusu hükmü Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. 2014/57 E, 2014/81 K, 10.04.2014. Bkz. 14.05.2014 tarihli ve 29000 sayılı RG.

dairenin resen soruşturma ve inceleme başlatma yetkisine de sahip olması gerektiği belirtilmektedir.⁵¹⁰

Diğer taraftan doktrinde yargı bağımsızlığı ilkesine daha uygun olduğu düşünülen farklı bir meslekten çıkarma usulü önerilmektedir. Buna göre, yargıç hakkındaki meslekten çıkarmayı gerektirecek fiillere ilişkin iddialar, Kurul'a bağlı müfettişlerce yürütülecek soruşturma sonucunda sübuta ererse o yargıcın meslekten çıkarılması ile ilgili dosya TBMM'ne gönderilerek karar Meclis tarafından verilmelidir. Yargıç teminatının en önemli unsurunu teşkil eden onun azledilememesi ilkesinin fiilen var olması, iktidar parti veya partilerinin kendi siyasi düşünce ve menfaatlerine uymayan yargıcı kolayca meslekten çıkarmasının engellenebilmesi ve siyasetin bir uzlaşma kurumu olması gerekleri dikkate alınarak TBMM üye tamsayısının üçte ikisinin oyuyla iddia konusu yargıcın meslekten çıkartılmasına karar verilmelidir. TBMM'nin, ilgili yargıcın meslekten çıkartılmasına dair kararına karşı, Anayasada belirtilen istisnai haller dışında TBMM kararlarının yargı denetimine tabi olmaması nedeniyle yargısal başvuru yapma imkanı olmayacaktır. Diğer taraftan, Anayasa'nın 9. maddesi uyarınca yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce yargıçlar tarafından kullanıldığından TBMM kararıyla ilgili yargıcın meslekten çıkarılması yargı yetkisinin, Türk Milleti adına o yargıç tarafından kullanılamayacağı sonucunu doğuracağından yargıcın meslekten çıkartılmasına dair kararın TBMM tarafından verilmesi anayasal sistematığe de uygun olacaktır.⁵¹¹

Kanaatimizce, TBMM'nin Türk Milleti adına karar vermeye yetkili bir organ olarak ilgili yargıcın Millet adına artık yargısal faaliyette bulunamayacağı anlamına gelen meslekten çıkarılmasına ilişkin kararı vermesi TBMM'nin nihai bir karar organı olma niteliğine uygundur. Meslek çıkarılma cezasının herhangi bir organ tarafından değil de nihai karar organınca üstelik nitelikli bir çoğunlukla verilmesi yargıç teminatı bakımından da önemlidir. Ancak usule ilişkin en önemli güvence yargı denetimidir. Söz konusu kararı TBMM vermiş olsa da bu, yargısal denetime açık olmalı; yapılması önerilen değişiklikle TBMM'nin yargı denetimine açık olan kararları içine yargıçların meslekten çıkarılmasına ilişkin kararlarda alınmalı ve bu

⁵¹⁰ İncoğlu, 2011, s. 252.

⁵¹¹ Dursun, 2009, s. 86.

denetim de yargı sisteminin tepesinde olan Anayasa Mahkemesince yapılmalıdır. Bireysel nitelikteki hak ihlalleri konusunda son sözü söyleme yetkisine sahip olan Yüksek Mahkemenin bu konuda da yetkili olması anayasal sisteme de uygun düşmektedir.

6087 sayılı HSYKK'un bazı hükümleri 15.02.2014 tarihli ve 6524 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir. Söz konusu Kanun 32. maddesiyle Kurul Müfettişlerinin, (1). Dairenin teklifi üzerine HSYK Genel Kurulu'nca atanacakları hükme bağlanmış; 23. maddesiyle de Teftiş Kurulu Başkan ve Yardımcılarını atama yetkisi, HSYK Genel Kurulu'ndan alınarak Kurul Başkanı sıfatıyla Adalet Bakanı'na verilmiştir. Yine bu sıfatla, Teftiş Kurulu'na görev verebileceği ve Teftiş Kurulu Başkanı'nın Kurul'a değil de Bakan'a karşı sorumluluğunu öngören değişiklikler yapılmıştır. Söz konusu bu düzenlemeler AYM tarafından iptal edilmiştir.⁵¹² AYM, Kurul

⁵¹² 2014/57 E, 2014/81 K, 10.04.2014. Bkz. 14.05.2014 tarihli ve 29000 sayılı RG. 6524 sayılı Kanun ile değişik 6087 sayılı Kanunun 15/1-a. maddesinin iptali ilgili olarak AYM şunları belirtmiştir: "Anayasa ile Kurula verilen görevlerle ilgili olarak kanun koyucu tarafından dairelerin görevli kılınabilmesi mümkün bulunmaktadır. Bununla birlikte bu konuda yapılacak düzenlemeler, bu konularda Genel Kurulun son söz sahibi olmasını engelleyecek ya da iradesinin sınırlandırılmasına yol açacak nitelikte olamaz.... Anayasa ile Kurula verilen "atama ve seçime ilişkin görev ve yetkiler" yönünden de kanun koyucu tarafından yapılacak düzenlemelerde, Kurulun bu konudaki iradesine herhangi bir sınırlama getirilmemesi gerekmektedir. Dava konusu kuralla, Kurul müfettişlerinin Genel Kurulca atanmasından önce, atama yapılacak her bir boş kadro için Birinci Daire tarafından iki katı aday teklif edilmesi ve Genel Kurulun bu adaylar arasından atama yapması öngörülmüştür. Genel Kurul tarafından kurul müfettişliğine atama yapılmasından önce, atama yapılacak sayının iki katının Birinci Daire tarafından belirlenmesi ve bunlar arasından bir seçim yapmak zorunda bırakılması, Genel Kurulun iradesine müdahale niteliği taşımaktadır. Oysa bu görevin, herhangi bir sınırlayıcı kural olmaksızın Genel Kurul tarafından yerine getirilmesi zorunludur. Anayasa koyucu, yürüttükleri görevin özelliğini de dikkate alarak müfettiş atamalarında yetkiyi Kurula vermiştir. Kanun koyucu tarafından Kurul müfettişi olarak atanacak adayları belirleme yetkisinin Birinci Daireye verilmesi ise Kurul müfettiş adaylarının ve dolaylı olarak Kurul müfettişlerinin, Birinci Dairenin salt çoğunluğunu oluşturan dört üye tarafından belirlenmesi sonucunu doğurmaktadır. Anayasa ile Kurula verilen, Kurul müfettişlerini atama yetkisinin kullanmasını sınırlayıcı nitelikteki her müdahale Anayasaya aykırılık oluşturacağından, Kurul müfettişlerinin atanması bakımından Birinci Daire tarafından iki katı aday belirlenmesi de Anayasa'ya aykırıdır." 6524 sayılı Kanun ile değişik 6087 sayılı Kanunun 7/1-h. maddesinin iptali ilgili olarak AYM şunları belirtmiştir: "HSYK bünyesinde oluşturulan Teftiş Kurulu Başkanlığınca yerine getirilen görev, idari bir görev olmakla birlikte, diğer kamu kurum ve kuruluşların teftiş kurulu başkanlıklarından farklı olarak, kuvvetler ayrılığı ilkesine göre "yargı" erkinde görev yapan hâkim ve savcılar denetimine ilişkin olup, klasik teftiş kurullarından farklı bir özellik arz etmektedir. Hâkim ve savcılar denetiminin Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulundan alınarak HSYK Teftiş Kuruluna verilmesi ve bunun bir Anayasa değişikliği sonucu gerçekleşmesi de konunun önemini ve özelliğini göstermektedir. Müfettişlerin HSYK tarafından atanma yetkisi ya da müfettişlerin HSYK'ya bağlı çalışmaları, asıl olarak, denetime tabi olan hâkim ve savcılar yönünden bir güvence niteliğindedir. HSYK Teftiş Kurulu Başkanının denetleme, araştırma, inceleme ve soruşturma olurları üzerine müfettişleri görevlendirmek ve uygulamayı takip etmek gibi fiilen gerçekleştirilen denetimler yönünden etkili görevleri de gözetildiğinde, Teftiş Kurulu Başkanı ve başkan yardımcılarının atanmalarının aynı zamanda Adalet Bakanı olan HSYK Başkanına bırakılması, bu yetkinin kullanılmasında yürütmenin etkili olması

Müfettişlerinin seçiminde teklif makamı olarak (1). Dairenin (4) üyesine ait kararın belirleyici bir hale getirilerek bu konudaki inisiyatifin HSYK Genel Kurul’undan alınmasını; müfettişler üzerinde bir tür gözetim yetkisi olan Teftiş Kurulu Başkan ve Yardımcılarının, diğer kurumlarda olduğundan farklı olarak ilgili Bakan tarafından atanmasını, onlarla Kurul Başkanı sıfatıyla Adalet Bakanı arasında hiyerarşik bir ilişkinin kurulmasına neden olacak her türlü düzenlemeyi⁵¹³ müfettişlerin yürüttükleri görevle bağdaştırmayarak açıkça belirtmese de kararında müfettişlerin yargıçlarla ilgili inceleme, soruşturma ve denetleme şeklinde özetlenebilecek olan görev ve yetkilerinin yargıç kariyeri ve dolayısıyla da yargı bağımsızlığı bakımından ne kadar önemli olduğunu hüküm altına almıştır. Yüksek Mahkeme kanaatimizce bu kararının değişik yerlerinde, geçmiş pratiğin yaratmış olduğu Adalet Bakanı= HSYK özdeşliği fiili durumu ve algısını ortadan kaldırmak istercesine ve HSYK’nun gerçekten aslında bir tür bağımsızlık ifadesi olan ‘Kurul’ niteliğine kavuşması için, Kurul Başkanı ile Kurul arasındaki farka dikkat çekmiştir. Söz konusu özdeşliğe neden olabilecek ya da bunu çağrıştıracak her türlü düzenlemeyi 2010 yılı Anayasa değişiklikleri ile sağlanmak istenen anayasal devlet düzeniyle bağdaşmaz bulmuştur.

sonucunu doğurmaktadır ki, Anayasa koyucunun iradesinin bu yönde olmadığı açıktır. Kurula bağlı olarak görev yapan Teftiş Kurulunun da “mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı” esaslarına göre görev yapacağı kuşkusuzdur. Müfettişlerin atama yetkisi HSYK’ya ait iken Teftiş Kurulu Başkan ve başkan yardımcılarını atama yetkisinin de evleviyetle HSYK’ya ait olması gerektiği açıktır. HSYK Başkanının Kurulu temsil ve yönetim görevi, HSYK’ya ait olan Teftiş Kurulu Başkanı ve başkan yardımcılarını atama yetkisini kapsamamaktadır.”6524 sayılı Kanun ile değişik 6087 sayılı Kanunun14/3; 4/c. maddelerinin iptali ile ilgili olarak AYM şunları belirtmiştir: ” Bir makamın diğer bir makama karşı sorumluluğu ise hiyerarşik nitelikteki ilişkilerde söz konusudur. Bu nedenle, Teftiş Kurulu Başkanının “Başkana” karşı sorumlu olması, Teftiş Kurulu Başkanı ile HSYK Başkanı arasında Anayasaya göre kurulması mümkün olmayan hiyerarşik bir ilişkinin varlığı anlamına gelir....Görev vermek”, astlık-üstlük ilişkisini içeren hiyerarşik ilişkilerde geçerli bir kavramı ifade etmekte ve böyle bir ilişkide üst astına görev verebilmektedir. Anayasa’nın 159. maddesinde düzenlenen HSYK’nın oluşumu ve konumu ile Kurul Başkanının yetkileri ve konumu gözetildiğinde, Başkan ile Teftiş Kurulu arasında hiyerarşik bir ilişkinin bulunmadığı açıktır.”

⁵¹³ Diğer kurumlarda teftiş sistemi ve işleyiş biçimi aslında hiyerarşik ilişkinin bir tür teyidi ve devamı anlamına gelmekteyken, yargıçlar ve onların denetim, inceleme ve soruşturma iş ve işlemleri söz konusu olduğunda bu sistemin yargıçların hesap verirliliği ile bağımsızlıkları arasındaki ince çizginin korunmasını sağlayacak niteliklere sahip olması gerektiği bu karardan açıkça anlaşılmaktadır. Ayrıca dolaylı da olsa yargıçlar üzerinde hiyerarşik bir ilişkinin kurulmasının anayasal sisteme aykırı olduğu belirtilmektedir.

b.3. Yargı Bağımsızlığı ve Yargısal Kurullar

Yargı bağımsızlığının hayata geçirilip kurumsal bir nitelik kazanabilmesi için yargıç teminatı kadar önemli olan başka bir husus daha vardır ki o da, yargının yönetiminin nasıl yapıldığıdır. Yargının yönetimi ve denetimi yetkisi bağımsız idari kurullarda olmaz ise yargıçlık teminatının bir anlamı olmayacaktır.⁵¹⁴ Büyük bir çoğunlukla yargısal idari kurulların hukuksal konumları anayasalar tarafından düzenlenmektedir. Doktrinde, söz konusu kurumlar üç dalgaya ayrılmakta ve en önemli niteliği yargıç ve savcılarının özlük işlerinin bağımsız kurullarca yerine getirilmesi ilkesini anayasallaştırmak olanlar birinci dalga yüksek kurullar olarak adlandırılmaktadır. Buna göre, Avrupa'daki gelişim sürecinde zaman farklılığına dayalı olarak ayrılmış olan diğer iki ve üçüncü dalga kurullar da anayasal temele sahiptir.⁵¹⁵ Anayasaların değiştirilmesi güç hukuksal metinler olduğu dikkate alındığında yargısal idari kurulların anayasalarda düzenlenmiş olmasının simgesel anlamı yanında fonksiyonel bir anlamı olduğu görülmektedir. Böylelikle siyasi iktidarların bu kurulların oluşum ve işleyişine yönelik müdahale imkanları kısıtlanmak istenmiştir. Bu husus bile tek başına anayasa koyucuların yargı bağımsızlığını hayata geçirmek bakımından söz konusu kurullara verdiği önemi göstermektedir.

Türk Hukukunda yargısal idari kurullar ilk kez 1961 Anayasası ile düzenlenmişlerdir. 1982 Anayasasının 140. maddesinde hakimlerin görevlerini mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre ifa edecekleri belirtilmiştir. Bunu hayata geçirecek organ Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruludur (HSYK). Yargıçların mesleğe kabul, atama, nakil, geçici yetkilendirilme ve yükselmeleri HSYK tarafından, bunlar dışındaki özlük işlemleri ise Adalet Bakanlığı tarafından yerine getirilmektedir. Yargıç kariyeri üzerinde bu şekilde güçlü bir yetkinin sahibi olunması yargı kararlarının doğrudan olmasa bile en azından dolaylı olarak belirlenmesi anlamına gelmektedir.⁵¹⁶ Oysaki Yargıçlık teminatı, öncesinde de

⁵¹⁴ YANIK, Murat, “*Karşılaştırmalı Hukuk ve Uluslararası Standartlar ışığında HSYK’nun Oluşumu, Çalışma Şekli ve Kararlarının Denetimi*”, AYD, Sy.27, 2010, s. 162.

⁵¹⁵ ÇELİK, Burak, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu: Yapısal Açından Karşılaştırmalı Bir İnceleme, XII Levha Yayınları, İstanbul 2012, s. 20.

⁵¹⁶ Sancar, 2000 (a), s. 185.

belirtildiği üzere yargıçların özlük işlerinin tamamen bağımsız bir kurulca yerine getirilmesi güvencesini de içermektedir.⁵¹⁷

6087 sayılı HSYKK'nın 3. maddesinde Kurul'un bağımsız olduğu hüküm altına alınmıştır. Kurul'a hiçbir makam ya da kişi tarafından emir verilemeyeceği; kararlarını belirlemek üzere herhangi bir yönlendirme yapılamayacağı belirtilerek bu bağımsızlığın, tüm devlet organlarına özellikle de yürütme ve idareye karşı olmasının sağlanması amaçlanmıştır. 2010 yılı Anayasa değişiklikleri öncesinde Kurulda, yürütmenin bir üyesi olan Adalet Bakanı ile Bakana bağlı Müsteşarın yer alıyor olması, Kurulun kendi teşkilat ve personelinin, bir sekreteryasının olmaması ve bu nedenle bütün işlerinin Adalet Bakanlığı tarafından yerine getiriliyor olması, Kurul gündeminin sadece Bakan tarafından belirleniyor olması, Müsteşarın olmaması halinde hiçbir konunun görüşülememesi,⁵¹⁸ Kurul kararlarına karşı ilgili kişiler dışında, İtirazları İnceleme Komisyonunun bir üyesi olan Adalet Bakanının, Kurulca verilen kararları tasvip etmediği anlamına gelen kararların bir kez daha incelenmesini istemek yetkisinin olması, Kurulun toplantılarının dahi Adalet Bakanlığında yapılması gibi bazı nedenlerden dolayı Kurul, Adalet Bakanı dolayısıyla da yürütme ve idare ağırlıklı bir görünüm arz ediyordu. Yürütme ve Kurul özdeşliği o kadar ileri bir boyut kazanmıştı ki 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu çerçevesinde, yargıç ve savcılar hakkında uygulanan disiplin işlemlerine ilişkin Kurul'a yapılan başvuruyu Kanunun açık hükmüne rağmen Kurul yerine Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü cevaplamıştır.⁵¹⁹

Bütün bunlar Kurulun bağımsızlığı konusunda ciddi bir endişe ve şüpheyne neden oluyordu. Gerek doktrinde gerekse uygulamada HSYK'nın oluşumu, işleyişi ve diğer konularla ilgili çeşitli öneriler dile getirilmiştir. Buna göre: adli ve idari yargıçların mesleğe kabul, tayin, terfi konusunda tek karar alma yetkisine sahip

⁵¹⁷ CENTEL, Nur, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Mahkemelerin Bağımsızlığı ile Tarafsızlığı ve Türk Hukuku*”, İçinde: Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998, s. 49; Keskin, 1988, s. 138.

⁵¹⁸ 2010 yılı öncesinde Adalet Bakanlığı Müsteşarı'nın Kurul toplantılarına katılmayarak Kurulu bloke ettiği yönündeki iddia ve tartışmalar ülke gündemini uzun süre meşgul etmiştir. Konuyla ilgili haberler için bkz.

<http://www.milliyet.com.tr/default.aspx?aType=HaberDetay&ArticleID=1216493>; <http://www.yenisafak.com.tr/politika-haber/mustesar-cenaze-nedeniyle-toplantiya-kat-25.3.2010-248624>. e.t: 30.08.2014

⁵¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. İNCEOĞLU, Sibel, “*HSYK Kararlarının Gizliliği Üzerine Bir Not*”, HPD, Sy.5, 2005, s. 19.

organ olan HSYK'nun, yargı bağımsızlığının hayata geçirilebilmesi için en başta oluşum ve işleyişinin değiştirilmesi gerekmektedir. Adalet Bakanı ile Müsteşarının Kuruldan çıkarılması, diğer üyelerin ise Cumhurbaşkanının herhangi bir yetkisi olmaksızın Yargıtay ve Danıştay Genel Kurullarınca seçiminin sağlanması, Kurulun mali ve idari bir özerklikle ayrı bir sekreteryaya kavuşturulması, müstakil bir müfettişlik ve tetkik hakimliği teşkilatına, arşive sahip kılınması gerekmektedir.⁵²⁰ Mali özerkliği genel bütçeden otomatik pay ayrılması şeklinde olmalıdır. Yargıç ve savcı adaylarının şimdi olduğu gibi Adalet Bakanlığı yerine, Kurulun Staj Eğitim Merkezince açılacak bir sınavla alınması, Teftiş Kurulunun denetimlerini Kurul'a bağlı olarak yapması gerekmektedir⁵²¹ görüşleri savunulmuştur.

Ancak Adalet Bakanı ile Müsteşarının Kurulda varlığının Kurul kararlarını ne derecede etkileyip yargı bağımsızlığına zarar verdiğinin belli olmadığı, Yargıtay ve Danıştay'dan gelen üyelerin sayıca çoğunlukta oldukları, beş kişi olan diğer üyelerin söz konusu bu iki üyenin emri ve etkisinde kalarak karar verdiklerinin iddia edilmesinin bu düzeydeki yargıçlara haksızlık olduğu bunun da ötesinde Bakan ve Müsteşarın, savcıların soruşturma yapmak ve kamu davası açmak bakımından yürütme organıyla işbirliği içinde olmasından dolayı savcıların tayini bakımından Kurulda bulunmalarının zorunlu olduğu, yargıçlar bakımından ise sakıncalı durumlar varsa bunun yürütme organının takdirine sunulması gerektiği görüşleri de dile getirilmiştir.⁵²²

2010 yılı Anayasa değişiklikleriyle HSYK'nun oluşumunda Cumhurbaşkanı tarafından seçilecek üyelerin dışındakiler için doğrudan seçim yöntemi getirilmiştir.⁵²³ Cumhurbaşkanı'na 4 asıl üyeyi seçme hakkı verilerek bu konudaki

⁵²⁰ Söz konusu öneriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tanrıver, 2004, s. 197; ODYAKMAZ, Zehra, "Yeni Anayasa Çalışmalarında Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu İçin Üye Seçimleri ve Bazı Konular Hakkında Görüşler", AYD, Sy.25, 2008, s. 165.

⁵²¹ ÇOKAY, Zuhale, İstanbul Barosu Ve Yeditepe Üniversitesi tarafından düzenlenen Yargı Bağımsızlığı Ve Adil Yargılanma Hakkı Sempozyumunda sunmuş olduğu tebliğ, İçinde: YÜHFD, C.II, Sy.2, 2005, s. 455.

⁵²² Odyakmaz, 2008, s. 164.

⁵²³ Yargıtay, Danıştay ve Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulları ile adli-idari yargı yargıç ve savcılar tarafından HSYK üyelerini belirlemek için yapılacak seçimlerde, oy verme hakkına sahip olan kişilere sadece bir aday için oy verme imkânı tanıyan ve en fazla oy alan adaylar arasından sırasıyla asıl ve yedek üye seçimini öngören Anayasa değişikliği AYM tarafından iptal edilmiştir. Karara göre: "...bazı adaylar açısından seçmenlere oy kullanma hakkı tanınmayarak sonuçları seçmen iradesini yansıtmaktan uzak olan bir seçim usulünün demokratik olmadığına kuşku yoktur.

tek yetkili makam olmaktan çıkarılmıştır.⁵²⁴ Venedik Komisyonunun 2010 tarihli raporunda da, bu tür kurulların çoğulcu bir yapıya sahip olması gerektiği, bunun sağlanamaması halinde ise doğal üyeler dışındakilerin kendi statülerindeki kişiler tarafından belirlenerek yargıç kökenli kişilerin ağırlıklı olarak yer alması gerektiği belirtilmiştir.⁵²⁵

Diğer taraftan Adalet Bakanı yine Kurul'un başkanı olup yönetim ve temsilinden sorumludur. Değişikliklerle Kurul'un idari, mali iş ve işlemleri ile sekreteryaya hizmetlerini yürütecek Genel Sekreterlik örgütü kurulmuş ve bu görevlerin yerine getirilmesi bakımından Adalet Bakanlığına dolayısıyla da yürütme ve idareye bağımlılığı ortadan kaldırılmıştır. Ancak Adalet Bakanı'nın Kurul başkanı sıfatıyla örgütün başı konumundaki genel sekreterin seçiminde son sözü söyleme hakkına sahip olması Kurul içindeki Yürütme iz ve etkilerinin devamına neden olmaktadır. Ayrıca 2010 yılı değişiklikleri öncesi sıklıkla dile getirilmiş olan Kurulun ayrı bir bütçeye sahip olması sağlanmıştır.

AYM, 2010 değişikliklerinin iptali istemiyle açılan davada söz konusu değişiklikleri yargı bağımsızlığı bakımından olumlu bularak kararında şunları

Seçmen iradesinin gerçek anlamda oya yansımaları sınırlayan böylece oy kullananların iradesini olumsuz yönde etkileyen bu düzenlemenin hukuk devletinin temel ögesi olan bağımsız ve tarafsız bir yargının oluşmasını da engelleyeceği açıktır. Bu nedenle 5982 sayılı Yasa ile değiştirilen Anayasa'nın 146. Maddesinin dördüncü fıkrasının birinci tümcesinde yer alan '... bir üye ancak bir aday için oy kullanabilir; ...' ibaresi ile ikinci tümcesinde yer alan '... de her bir baro başkanı ancak bir aday için oy kullanabilir ve ...' ibaresi demokratik hukuk devleti ilkesini etkisiz hale getireceğinden iptali gerekir... Yukarıda belirtilen ibarenin iptali ile her seçmenin sadece tek adaya oy vermesini öngören kısıtlama ortadan kalktığından, bu fıkra hükmüne göre her üyenin seçilecek üye sayısı kadar, adaya oy vermesi mümkün hale gelmiştir. Bu şekilde yapılacak oylamada Örneğin, Adli yargı hâkim ve savcılar yedi asıl dört yedek olmak üzere toplam on bir üye seçme hakkına sahip olduğundan her hâkim ve savcı bir turda tamamlanacak seçimde on bir aday için oy kullanabilecek, en çok oy alan on bir kişi sırasıyla asıl ve yedek üyeliklere seçilecektir. Böylelikle her seçmenin seçilecek üye sayısı kadar adaya oy vermesi suretiyle yapılacak seçimlerde seçmenlerin oy hakkına saygı gösterilmiş ve seçmenlerin yeterli onayını almış adayların Kurul üyeliğine seçilmesi sağlanmış, dolayısıyla temsildeki adaletsizlik giderilmiş olacaktır. Böyle bir seçim usulünün demokratik hukuk devleti ilkesine aykırı olmadığı açıktır." 2010/49 E, 2010/87 K, 07.07.2010. AMKD, Sy.47/2, 2010, s. 1161-1170.

⁵²⁴ Doktrinde, 2007 Anayasa değişikliğiyle Cumhurbaşkanının Meclise değil de seçmene karşı sorumluluğu kabul edildiği için tarafsız olma niteliğinin ortadan kalktığı bunun da HSYK üyelerinin onun tarafından atanması dolayısıyla yargı bağımsızlığını etkileme ihtimalinin olduğu ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KUMKUMOĞLU, Kemal/ KUMKUMOĞLU, Ahmet Kemal, "HSYK'NIN 1961 VE 1982 Anayasaları'ndaki Durumu", İçinde: 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 107.

⁵²⁵ Söz konu raporun Türkçe çevirisi için bkz.

http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/venedik_komisyonu/rapor.pdf.

e.t:

01.08.2014

belirtmiştir.⁵²⁶ “*Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun yapısıyla ilgili olarak 5982 sayılı Yasa’nın 22. maddesiyle yapılan yeni düzenlemeyle Kurulun üye sayısının artırıldığı, seçim tabanının genişletildiği, Kurul üyelerinin büyük çoğunluğunun yargıçlar tarafından doğrudan seçilmesinin kabul edildiği, Kurul’un kendi sekreteryasına kavuşturulduğu ve Teftiş Kurulunun Kurul’a bağlandığı böylece özerk yapısının güçlendirildiği görülmektedir. Cumhurbaşkanının Kurula üye atama yetkisinin sınırlandırıldığı, Adalet Bakanının dairelerin çalışmasına katılımının yasaklandığı, Bakan’ın Teftiş Kurulu üzerindeki mutlak kontrolünün kaldırıldığı, böylece yürütmenin Kurul üzerindeki etkisinin belli ölçüde azaltıldığı anlaşılmaktadır. Kurul’un kararlarının kısmen de olsa yargı denetimine açılmasının hukuk devletinin güçlendirilmesine yönelik bir adım olduğu görülmektedir. Bu nedenle, söz konusu hükümlerin yargı bağımsızlığını dolayısıyla hukuk devleti ilkesini ortadan kaldırdığı ya da içini boşaltarak anlamsız hale getirdiği söylenemez.*”

Söz konusu değişiklikler ile Kurul ilk kez üç daireye bölünerek iş bölümü, etkinlik ve uzmanlaşmanın önü açılmak istenmiştir. 6087 sayılı Kanunun değişiklik öncesi ilk halinde, üyelerin hangi dairede görev yapacakları ve dairelerin başkanları HSYK Genel Kurul kararı ile seçim yoluyla belirlenirken (md.8/2; 8/3) 6524 sayılı Kanun 25. maddesiyle üyelerin görev yapacağı daireleri belirleme ve bunun doğal bir sonucu olarak görev yapılan daireleri değiştirme yetkisi başkan sıfatıyla Adalet Bakanı’na verilmiştir. Benzer şekilde söz konusu değişiklikle, dairelerin başkanları ilgili dairece gösterilecek iki aday arasından HSYK Genel Kurul kararı ile seçilecektir. Toplantı ve karar yeter sayısı sağlanamayarak seçimin yapılamaması halinde ise ikinci toplantıda katılanların en çok oyunu alan kişi başkan seçilmiş sayılacaktır. Söz konusu bu düzenlemeler AYM tarafından iptal edilmiştir.⁵²⁷

⁵²⁶ 2010/49 E, 2010/87 K, 07.07.2010. AMKD, Sy.47/2, 2010, s. 1167.

⁵²⁷ 2014/57 E, 2014/81 K, 10.04.2014. Bkz. 14.05.2014 tarihli ve 29000 sayılı RG. 6087 sayılı Kanunun 8/2. maddesinin iptali ilgili olarak AYM şunları belirtmiştir: “*HSYK’nın mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre çalışması, HSYK üyelerine tanınan bir ayrıcalık olmayıp, HSYK’nın hakkında işlem tesis etmekle yetkili olduğu hâkim ve savcılarının “mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı” esaslarına göre çalışmasının zorunlu ve doğal bir sonucudur. Hâkimler ve savcılar hakkında tasarrufla bulunma imkânı olan bir Kurulun bağımsız ve güvencesi olmaksızın, hakkında işlem yapılacak hâkim ve savcılarının bağımsızlığından ve güvencesinden söz edilemez. İdari bir kurul olmasına rağmen, Anayasanın 159. maddesi ile HSYK’nın görevli kılındığı konularda hâkim ve savcılar hakkında karar verme ve Adalet Bakanlığının bir mahkemenin kaldırılması ya da yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlama*

Söz konusu kararda, HSYK'nın anayasal sistem içindeki özellikli yeri vurgulanarak Kurul'un bağımsız ve tarafsız olma niteliğiyle yargıç ve savcılarının bağımsız ve tarafsız olması arasında zorunlu bir ilişki kurulmuştur.

Dairelerin görevlerini düzenleyen 6087 sayılı Kanunun 9. maddesi incelendiğinde özellikle (2) ve (3). Dairelere verilen yetkilerin yargıç kariyeri ve dolayısıyla da bağımsızlığı üzerinde doğrudan etki yaratma kapasitesine sahip olduğu görülmektedir. Kanaatimizce, dairelere üye seçimi ve üyelerin görev yapmış olduğu daireleri değiştirme yetkisinin yürütme organının bir temsilcisi olan Adalet Bakanına verilmesi ve O'nun da bu yetkisini söz konusu bu iki daire bakımından özellikle de üyelerin görev yaptığı daireleri değiştirmek şeklinde kullanması halinde somut olaylar bakımından en azından çeşitli şüphelerin doğmasına neden olurki bu

yetkilerinden kaynaklanan özellikli konumu nedeniyle de HSYK'ya Anayasa'nın "Yürütme" bölümünün "İdare" başlıklı kısmında değil, "Yargı" başlıklı bölümünde yer verilmiştir. Anayasa'nın 159. maddesinin ikinci fıkrasında HSYK'nın üç daire halinde çalışacağı belirtilmekle beraber, son fıkrasında dairelerin oluşumunun kanunla düzenleneceği ifade edilmiştir. Anayasa'da daire üyelerinin nasıl belirleneceğinden söz edilmemesi ve dairelerin oluşumunun kanunla düzenleneceğinin ifade edilmesi, dairelerin oluşumunun kanun koyucu tarafından belirlenmesini öngörmekle birlikte bu konudaki düzenleme yetkisini HSYK'nın anayasal konumunu gözeterek kullanması gerektiği kuşkusuzdur. HSYK Başkanlığı da HSYK'nın bir organı olmakla birlikte, bu görevin Anayasa'nın 159. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca Adalet Bakanınca yürütüldüğü dikkate alındığında, bağımsız olarak kurulacağı ve görev yapacağı hususuna vurgu yapılan HSYK'nın yedişer üyeden oluşan dairelerinin yürütme organında görev yapan Başkan tarafından belirlenmesi, HSYK'nın oluşumunun Bakanlar Kurulunun bir üyesi olan Adalet Bakanı tarafından belirlenmesi sonucunu doğurmaktadır. Başkana verilen, dairelerin üyelerini belirleme yetkisinin, üyelerin dairelerini değiştirme yetkisini de kapsadığı kuşkusuzdur. Belirtilen hususlar, HSYK dairelerinin oluşumunda yürütmenin belirleyici olması anlamını taşımaktadır. Üyelerin dairelerinin HSYK Başkanı olan Adalet Bakanı tarafından belirlenmesi, "mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı" yönünden gerek hâkim ve savcılar arasında, gerekse toplumda olumsuz bir algıya neden olabilecek nitelikte olup, bir hukuk devletinde böyle bir algının ortaya çıkmasına dahi sebep olabilecek bir düzenlemenin kabulü olanaklı değildir." Diğer taraftan 6087 sayılı Kanunun 8/2. maddesinin iptali ilgili olarak AYM şunları belirtmiştir: "Dava konusu kuralla daire başkanlarını seçim yetkisi Genel Kurula verilmekte, ancak dairelerin iki aday belirlemesi ve bu adaylardan birinin seçilmesi usulü getirilmektedir. Bir anlamda, daireler önseçim yapmakta ve bu önseçimde belirlenen iki kişiden birinin Genel Kurul tarafından seçilmesi öngörülmektedir. Anayasa gereğince Kurula ait olan daire başkanı seçim yetkisi, dava konusu kural uyarınca bu seçimin dairelerce belirlenen iki aday arasında yapılacak olması nedeniyle sınırlı bir yetki halini almaktadır. Dairelerin, iki adayı üye tamsayısının salt çoğunluğu ile belirleyeceği hususu da dikkate alındığında dairenin dört üyesinin oyu, daire başkan adaylarının belirlenmesi için yeterli olacaktır. Bir başka deyişle daire başkanı, doğrudan olmasa da dolaylı olarak dört üye tarafından belirlenmekte, bu dört üyenin belirlediği adaylardan birini Genel Kurulun seçme zorunluluğu getirilmektedir. Bu yönüyle, dört üyenin iradesi, Genel Kurulun yirmi iki asıl üyesinin iradesi yönünden bağlayıcı bir irade halini almaktadır. Bu durum ise yirmi iki asıl üyeden oluşan Genel Kurula Anayasa ile verilen seçim yetkisinin sınırlanması ve bu yetkiye müdahale anlamını taşımaktadır."

durumun yargı bağımsızlığı ile bağdaşması mümkün değildir. Diğer taraftan söz konusu yetkiyle, dairelere üye seçimi bir tür ‘dairelere üye dağıtımına’ dönüştürülmüştür. Bu durum ise Kurul’un idaresinden daha çok Kurul üyeleri ile Bakan arasında hiyerarşik bir ilişkinin kurulmasına neden olur. Oysaki bu türden bir ilişki, 2010 yılı Anayasa değişiklikleri ile HSYK’nun dolayısıyla da yargının bağımsızlığını sağlamak için kurulan yeni anayasal sisteme aykırılık teşkil etmektedir. Benzer şekilde dairelere verilen görev ve yetkiler kendi aralarında değiştirilerek bir bakıma ‘süper yetkili’ bir daire yaratılarak yargıç kariyeri üzerinde etkili olunabileceğinden bu görevlerin ya da görevlere ilişkin genel esasların kanun yerine değiştirilmesi daha zor usul ve esaslara bağlı olan Anayasa tarafından düzenlenmesi anayasal devletin bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır.

Doktrinde, yirmibirinci yüzyılda Türkiye'nin ihtiyacı olan yargısal idari kurul modelinin, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ya da ayrı ayrı örgütlenmiş Yüksek Hakimler Kurulu ve Yüksek Savcılar Kurulu değil, adli yargı hakim, savcılar ile idari yargı hakim ve savcılarına özgülenmiş olmak üzere üç ayrı daireye bölünmüş 'Adalet Yüksek Kurulu' olduğu belirtilmektedir.⁵²⁸

Diğer taraftan karşılaştırmalı hukukta da benzer kurullar bulunmaktadır. İtalya Cumhuriyeti Anayasası’nın 104. maddesinde yargıçlık mesleğinin, özerk olduğu ve konumu ne olursa olsun diğer devlet organlarından bağımsız olduğu belirtilmiştir. Bağımsızlığın güvencesini sağlamak içinde anayasal bir organ olan Hakimler Yüksek Kurulu (Consiglio Superioredella Magistratura) oluşturulmuştur. Kurul, yargıçların işe alınmaları, atanmaları, tayin ve terfileri, gerektiğinde haklarında disiplin soruşturması yürütülmesi ve bu çerçevede önlemler alınması gibi konularda yetkilidir. Kurul’un yönetimi ve bütçesi tamamen bağımsızdır. Ayrıca Anayasası’nın 110. maddesinde Adalet Bakanı’nın yargı teşkilatının işleyişine ilişkin yetki ve görevlerinin Kurul’un yetkileri saklı kalmak üzere geçerli olduğu belirtilerek

⁵²⁸ Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Çelik, 2012, s. 359-376.; TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu taslağının 'Hakimler kurulu' başlıklı 128 ve 'Savcılar kurulu' başlıklı 129. maddeleri ile HSYK iki daireye bölünmüştür. Taslağa göre Hakimler kurulu üyelerinin seçiminde TBMM, tek yetkili organ haline getirilmekte, kurula üye seçilebilmek için üye tamsayısının üçte ikisinin oyunu alabilme şartı getirilerek TBMM’de temsil edilen partilerin adaylar üzerinde uzlaşmaya varmaları sağlanmak istenmiştir. Ayrıca süresi biten üyelerin tekrar seçilemeyeceği, seçim sürecinin, demokratik, katılımcılık esaslarına uygun olarak gerçekleştirileceği öngörülmüştür. TBMM’de grubu bulunan siyasi partilerin konuyla ilgili önerileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Barın, 2014, s. 511-523.

asıl yetkili makamın Kurul olduğu vurgulanmıştır. Ülkemizde HSYK örneğinde olduğu gibi her ne kadar işlemleri fiili olarak idari nitelikte olsa da, Kurul yürütme içinde değil yargı teşkilatı içinde düzenlenmiştir. 104.madde uyarınca Cumhurbaşkanı Kurulun doğal üyesi olup aynı zamanda başkanıdır. Ayrıca Yargıtay başkanı ve başsavcısı da diğer iki doğal üyedir. Üye sayısına ilişkin bir hüküm olamamakla birlikte Anayasa, Kurul üyelerinin 2/3'ünün çeşitli yargı kollarına mensup yargıç ve savcılar, 1/3'ünün ise hukuk profesörleri ve en az 15 yıllık tecrübeye sahip avukatlar arasından seçilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır.⁵²⁹

Diğer taraftan İtalya'da 195 sayılı Kanun ile doğal üyeler dışında 24 tane üye olacağı, bu 24 üyenin 2/3'ünün kariyer üyesi sıfatıyla Kurul'a seçileceği belirtilmiştir. 16 kariyer üyesinin biri Yargıtay hakimi, bir diğeri Yargıtay savcısı, geri kalan 4'ü savcı ve 10'u yargıçtır. Kariyer üyeleri görev yapmakta olan yargıç ve savcılarca oy çokluğuyla seçilecektir. Kurulun 1/3'üne denk gelen hukuk profesörü ve avukat üyeleri ise Parlamento tarafından seçilecektir.⁵³⁰ HSYK benzeri kurumlara Parlamentolar tarafından üye seçilmesinin demokratik meşruiyeti sağlayacağı belirtilmekte buna dayanak olarak da Venedik Komisyonu'nun 2007tarihli raporu gösterilmektedir.⁵³¹ Bu raporun 10. maddesinde Yargı Kurullarına üye seçimine parlamentonun katılımının demokratik meşruiyeti sağlayacağı belirtilmektedir.⁵³² İtalya'da Kurul'u bağımsız ve dinamik bir yapıya kavuşturmak için üyelere ikinci bir kez seçim hakkı verilmemiştir. Görev süreleri boyunca da, meclis, bölge idare

⁵²⁹ İtalyan Anayasası'nın Türkçe metni için bkz.

<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/10-%C4%B0TALYA%20319-354.pdf>. e.t: 28.08.2014

⁵³⁰ YARSUVAT, Elif, “İtalya Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu”, İçinde: 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 141.

⁵³¹ Venedik Komisyonu, 1990 yıllarda Doğu Bloku'ndan ayrılan ülkelere anayasa hazırlamak için AK'ye danışma kurumu olarak hizmet vermek için kurulmuş bir örgüttür. Ayrıca, AK Bakanlar Kurulu tarafından, 2000 yılında AK'ne üye devletlerde yargıyı güçlendirmek için Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi kurulmuştur. AK 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 yapması için Venedik Komisyonu'na bildirilmiş, yapılan müzakerelerden sonra 19-20 Ekim 2007 tarihinde Venedik Komisyonu'nda rapor olarak kabul edilmiştir. Tosun, 2010, s. 330.

⁵³² Söz konusu raporun 19. maddesinde Yargı Kurullarının oluşumu konusundaki hüküm nedeniyle Avrupa Hakimleri Danışma Konseyi ile Venedik Komisyonu arasında bir uzlaşma olmadığı da belirtilmektedir. İtilaflı olan hususların: Yargı kurullarının yargıç ve yargıç olmayanlardan oluşan karma bir yapıda olması veya sadece yargıçlardan oluşan homojen bir yapıda mı olması, yargı kurulu üyelerinin atanma şekli, başkanın yargıdan veya yargı dışından olması, disiplin cezalarına yargısal başvuru yolu olması mı yoksa sadece itiraz yolunun öngörülmesi olduğu belirtilmiştir. Tosun, 2010, s. 330-331.

kurulları, Anayasa Mahkemesi ve Hükümet üyesi olamazlar. Meslek odalarına bağlı kalamazlar, ticari faaliyette bulunamazlar veya ticari bir işletmenin yönetim kurulunda görev alamazlar. Kurul üyelerinin ifade özgürlükleri de garanti altına alınmış olup, görevlerini yerine getirirken belirtmiş oldukları görüşlerinden dolayı her türlü cezai sorumluluktan muaftırlar. Adalet Bakanı ve Müsteşarı Kurul'un üyesi değildir. Kendisine ait sekreteryası bulunan Kurul'un toplantılarına Adalet Bakanı, ancak Kurul Başkanı tarafından talep edilirse bazı açıklamalarda bulunmak üzere katılabilir ancak hiçbir şekilde Kurul'un gündeminde olan konulara ilişkin müzakere faaliyetinde bulunup görüş belirtmez.⁵³³

Belçika'da benzer görevleri yerine getiren Yüksek Adalet Konseyi bulunmaktadır. Konsey, Belçika'da birbiri ardına yaşanan toplumsal sorunlar ve halkın adalet sistemine olan güvenini kaybetmesi üzerine Belçika Hükümeti ve Parlamentosu tarafından adaletle olan güveni yeniden tesis etmek için, Avrupa'daki benzerlerinden farklı bir yapıda olan Belçika Yüksek Adalet Konseyi oluşturulmuştur. 1998'de Anayasanın 151. maddesinde yapılan değişiklikle anayasal bir kurum niteliğinde ortaya çıkmıştır. Konsey, dört yıl için seçilen 44 üyeden meydana gelmektedir. Bunlardan 22'si kendi meslektaşlarınca seçilen yargıç ve savcılardan oluşmaktadır. Diğer üyeler ise Senatonun 2/3'ünün çoğunluğuyla seçilen hakim ve savcı sınıfından olmayan kişilerdir. Yargıç ve savcı olan üyelerin seçiminde tüm yargı teşkilatının temsil edilmesinin sağlanmasına önem verilerek bir meslek birliği haline dönüşmesi engellenmeye çalışılmıştır. Yargıç ve savcı olmayan 22 üyeden 4'ü avukat, 3'ü üniversite ya da yüksek okulda öğretim üyesi olmak zorundadır. Bu üyelerin en az meslek yüksek okulu mezunu ve en az 10 yıllık mesleki tecrübeye sahip olmaları gerekmektedir. Doğrudan aday olabilecekleri gibi, barolar, üniversite veya yüksek okullar tarafından aday gösterilebilirler. 4 yıllık görev süresi sonunda bütün üyelerin bir kez daha aday olma hakları bulunmaktadır.⁵³⁴

Anayasa'nın 154. maddesinde Konseyin yetkilerini yargıçların bağımsızlığı çerçevesinde kullanacağı belirtilerek bir tür yargı bağımsızlığının güvencesi olarak,

⁵³³ Yarsuvat, 2010, s. 142-143.

⁵³⁴ AKSOY RETORNAZ, Eylem, "*Belçika'da Adalet Yüksek Kurulu*", İçinde: 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 151-153.

(2) daire şeklinde ve meslektaşları tarafından seçilen yargıç ve savcılar ile Senato tarafından seçilen üyelerden oluşacak şekilde yargı teşkilatı içinde düzenlenmiştir. Yargıç ve savcılarının adaylık ve mesleğe kabulüne ve mesleki eğitimlerine ilişkin yetkileri dışında yapılan şikayetlerin kabul edilip incelenmesi de dahil olmak üzere yargı sisteminin işleyişi ve teşkilatlanması üzerinde denetim ve inceleme yapmak, görüş bildirip önerilerde bulunmak gibi yetkileri vardır.⁵³⁵

İspanya’da ise Hâkimler Genel Kurulu adıyla anılan Kurul, Anayasa’nın 122. maddesinde ‘yargının yönetim organı’ olarak adlandırılmaktadır. Kral tarafından atanan Yargıtay Başkanı aynı zamanda 20 üyeden oluşan Kurulun da başkanıdır. Kurulun 12 üyesi tüm yargı kollarına mensup yargıçlar arasından Kral tarafından doğrudan atanmakta iken 4 üye yirmi yıllık meslek hayatı olan avukat ve diğer hukukçular arasından Kongre tarafından, 4 üye de Senato tarafından üyelerinin beşte-üç çoğunluğuyla seçilerek aday gösterilmekte ve Kral tarafından atanmaktadır. Bu haliyle Kurulun oluşumunda siyasi tercih ağırlık kazanmaktadır. Anayasada yargı erki içinde düzenlenen Kurul, İspanya Kral’ına Yargıtay üyelerinin tamamının, Anayasa Mahkemesinin ise 2 üyesinin atama teklifini yapmaktadır. Devlet başsavcısı atanırken de Kurulun görüşüne başvurulmaktadır.⁵³⁶

Fransa’da HSYK benzeri kurumun adı Yüksek Yargı Kurulu veya Konseyidir. 1883 tarihinden beri var olan Kurul 1946 Anayasası ile Anayasal bir niteliğe kavuşmuştur. Kurulun oluşumu 2008 yılında yapılan anayasa değişikliği ile yeniden düzenlenmiştir. Genel olarak Avrupa ülkelerinin pek çoğunda olduğu gibi Fransa’da da yargı mensuplarının disiplini ve meslek etiği konusundaki yaklaşımlarının adalet sistemi üzerindeki yaratmış olduğu olumsuz etkiler tartışma konusu olmuş; bu, yapılan kamuoyu çalışılmalarına da yansımış; yargıya olan güven diğer kurumlara oranla alt sıralarda yer almıştır. Bu güvenin yeniden tesisi için gerekli olan her anlamda bağımsızlık ve tarafsızlığın sağlanması amacıyla 2008 değişikliği yapılmıştır. Söz konusu değişikliğin temelinde yatan en önemli unsur,

⁵³⁵ Belçika Anayasası’nın Türkçe metni için bkz.

<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/05-BEL%C3%87%C4%B0KA%2099-148.pdf>. e.t: 07.08.2014

⁵³⁶ İspanya Anayasası’nın Türkçe metni için bkz.

<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/14-%C4%B0SPANYA%20533-584.pdf>. e.t: 07.08.2014

yürütmenin yargı üzerindeki etkisini ortadan kaldırmak olup Cumhurbaşkanı'nın artık Kurul başkanı olmaması ve Adalet Bakanının da yardımcısı sıfatıyla Kuruldaki varlığına son verilmiş olması en dikkate değer olan değişikliktir. Senato raporlarında, yürütme erkinin Kurul'dan çıkarılmasının gerekçesi: yargıç ve savcı tarafsızlığını, bağımsızlığını, teminatını sağlayabilmek ve mesleki etik kuralları çerçevesinde objektif birliği ortaya koymak şeklinde belirtilmiş, avukat üyelerin varlığı çeşitli menfaatler arasında var olan çatışmada bir denge unsuru sağlamak olarak açıklanmıştır. Yargı mesleği dışında atanan üyelerin sayısının 3'ten 6'ya çıkarılması ve parlamentoya Cumhurbaşkanının atadığı üyeler için veto imkânı verilmiş olması yürütme gücünün etkisini önemli ölçüde azaltarak yargı bağımsızlığını sağlamaya yönelik olmuştur. Kurul, Yetkili Yüksek Hakimler ve Yetkili Savcılar Konseyi olmak üzere iki daireden oluşmakta olup 2008 değişikliği ile her dairedeki üye sayısı 10' dan 15'e çıkarılmıştır. Yetkili Yüksek Hakimler Konseyi'nin Başkanı Yargıtay Başkanı olup diğer üyelerden 5'i görevdeki yargıçlar, 1'i görevdeki savcı, 1'i Danıştay tarafından atanmış olan yargıçtır.⁵³⁷

2008 değişikliğiyle 1 avukat, parlamento, yargı ve idareyle herhangi bir ilişkisi olmayan konusunda uzman 6 kişi de Kurul'un üyesi olmuştur. Yetkili Savcılar Konseyi'nin Başkanı, Yargıtay Başsavcısıdır. Bunun dışında 5 görevdeki savcı, 1 görevdeki yargıç, 1 Danıştay yargıcı diğer üyeleri oluşturmaktadır. Yine 2008 değişiklikleriyle bir avukat ve yukarıda nitelikleri belirtilen 6 kişi Konseyin üyesidir. Kurul, yargıç ve savcılarının terfi, özlük ve disiplin iş ve işlemlerinden sorumlu olup, faaliyetlerini her sene yayımladıkları bir raporla kamuoyu ile paylaşmaktadırlar. 2008 yılı değişiklikleriyle disiplin işlemleri bakımından Adalet Bakanı, sadece bu konuda bir talepte bulunarak süreci başlatmak bakımından yetkili olup Bakanın disiplin soruşturmasına etkin bir şekilde katılması engellenmiştir. Disipline ilişkin her türlü Konsey kararı Danıştay denetimine tabidir.⁵³⁸ Hakim ve savcılarının atanmaları dahil, tüm özlük işlerinin Eyalet işi sayıldığı Almanya'da bu konuda Eyalet Adalet Bakanına büyük yetkiler tanınmıştır. Bakanın çok önemli rol üstlendiği bu sistemde, yukarıda genel nitelikleri verilen değişik ülkelerdeki Kurullara benzer merkezi bir kurul olmayıp yargıç ve savcılar hakkında diğer

⁵³⁷ MEMİŞ, Pınar, “*Fransız Yüksek Yargı Konseyi*”, İçinde: 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 125-126.

⁵³⁸ Memiş, 2010, s. 127-129.

memurlar hakkında da karar veren Eyalet Personel Komisyonları yetkilidir. Bu komisyonlarda bir yargıç ya da savcı ile ilgili karar verilirken Adalet Bakanlığı'ndan bir temsilci ile Alman Hakimler Konfederasyonunca belirlenen 3 asıl, 3 yedek yargıç bulunmaktadır. Bu üyeler 5 yıllığına hükümetçe görevlendirilmektedirler.⁵³⁹

b.4. Mahkeme Üyelerinin Atanması ve Mesleğe Kabul

Mahkeme üyelerine ya da tek başına yargılama faaliyeti yürüten bir yargıca karşı yapılabilecek baskı veya hukuk dışı her türlü etkileme girişimini etkisiz bırakacak şekilde onların korunmasını sağlayacak güvenceler var olduğu ve buna bağlı olarak mahkemenin de bağımsız bir görünüm verdiği sürece mahkeme üyelerinin ya da bir yargıcın bir bakan dolayısıyla da hükümet kararı veya tavsiyesi ile atanmasının her zaman bağımsızlık ilkesinin ihlali anlamına gelmediği AİHM kararlarında vurgulanmaktadır.⁵⁴⁰ Örneğin bir davada, üyeleri içişleri bakanı tarafından atanan ve yargısal bir takım faaliyetlerde bulunan disiplin kurulunun bu oluşum şeklini bağımsız mahkeme ilkesine aykırı bulmamıştır.⁵⁴¹ Benzer şekilde ülkemiz aleyhine yapılan bir başvuruda yargılamayı yürüten yargıçların, idari bir organ olan ve üyelerinin çoğu Cumhurbaşkanı gibi yürütme organı içinde yer alan bir makam tarafından seçilen HSYK tarafından atanmasını bağımsızlığa aykırı bulmamıştır.⁵⁴² Doktrinde de benzer görüşler belirtilmekte; asıl olması gerekenin mahkemenin yasama meclislerince oluşturulması olduğu ancak bunun zorunlu olmadığı ifade edilmektedir. Buna göre, mahkeme üyelerinin yürütme organınca atanması, bunların görevlerini kendi hukuksal kapasitelerine göre, herhangi bir yerden emir ve talimat almaksızın yalnızca hukukun gereklerini gözeterek icra ettikleri sürece bağımsızlığa aykırı bir durum oluşmaz.⁵⁴³

⁵³⁹ Öztürk, 1994, s. 119-120.

⁵⁴⁰ Bkz. Campbell ve Fell/Birleşik Krallık, Başvuru No:7819/77, 28.06.1984. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=84>. e.t: 06.07.2014; Sramek/Avusturya, Başvuru No:8790/79, 22.10.184. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=88>. e.t: 06.07.2014

⁵⁴¹ Campbell ve Fell/Birleşik Krallık, Başvuru No:7819/77, 28.06.1984. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=84>. e.t: 06.07.2014

⁵⁴² Uslu/Türkiye, Başvuru No: 29860/96, 20.05.1998. e.t: 06.07.2014

⁵⁴³ Grabenwarter, 2004, s. 200.

Sonuç olarak AİHM, bağımsızlığın tespitinde, mahkeme üyelerinin hangi organ tarafından atandığını tek başına belirleyici bir unsur olarak görmemektedir. Bir mahkemenin üyelerinin atanmasında yukarıda belirtilen örnek olaylarda olduğu gibi siyasi niteliği çok ön planda olan ve bu nedenle siyasal tercihlerde bulunması ihtimali yüksek olan içişleri bakanın belirleyici olmasını dahi inceleme konusu ilkeye aykırı bulmamaktadır. Ancak ifade edilen niteliklerin bulunmaması halinde (yargıçları hukuk dışı her türlü etki ve baskıdan koruyarak onların sadece hukukun gerekleri doğrultusunda karar vermelerini sağlayacak güvencelerin varlığı), mahkeme üyelerinin atanmalarında yürütmenin veya idarenin söz sahibi olmasını yargı bağımsızlığına aykırı olarak görmektedir.⁵⁴⁴

Diğer taraftan yargı bağımsızlığı, yargıçların göreve kabul ediliş ve atanma şekilleri ile de yakından ilgilidir. Yargıçlık teminatının bir anlam ifade edebilmesi için bunun daha başlangıçta var olması gerekmektedir.⁵⁴⁵ Türk hukukunda, yargıç veya savcının mesleğe kabul edilebilmesi için önce yargıç veya savcı adaylığına kabul edilip bu sürecin sonunda başarılı olması gerekmektedir. Yargıç ve savcıların adaylığa atanmasında doğası gereği subjektif etki ve değerlendirmelere açık olan mülakat yöntemini kabul eden ve Adalet Bakanlığı'na bunu bir yönetmelikle düzenleme yetkisi tanıyarak, her ne kadar adı kurul olsa da sonuçta mülakatın Adalet Bakanlığı bürokratları gibi siyasi etkiye açık personelce yapılmasına imkan veren 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 9. maddesinde 2005'de yapılan değişiklik Anayasa'nın mahkemelerin bağımsızlığını ve yargıç teminatını düzenleyen 138. ve 140. maddelerine aykırı olmasına rağmen Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmemiştir.⁵⁴⁶

Anayasa Mahkemesi, adaylık statüsüne atanma ile yargıçlık ve savcılık statüsüne atanmayı birbirinden kesin çizgilerle ayırmış; yargıç ve savcılar için öngörülen anayasal teminatı bu görevlerin fiilen icra edildiği mesleğe kabulden

⁵⁴⁴ Bkz. Lauko/Slovakya, Başvuru No: 4/1998/907/1119, 02.09.1998, Kararın Türkçe çevirisi için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58234#{\"itemid\":\[\"001-58234\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58234#{\). e.t: 06.07.2014

⁵⁴⁵ Kapani, 1956, s. 24.

⁵⁴⁶ 2005/47 E, 2007/14 K, 07.02.2007, AMKD, Sy.44/2, 2007, s. 659 vd.

sonraki dönemle sınırlayıp, yargıç ve savcı olarak göreve başlayabilmek için gerekli eğitimin ve formasyonun alındığı adaylık dönemini ise bunun dışında tutmuş, Anayasanın ancak mesleğe kabul bakımından HSYK'nın yetkili olmasını bir zorunluluk olarak düzenlendiğini kabul etmiştir. Bu durum, karşı oy gerekçesinde de belirtildiği gibi, Anayasa'nın atamadan önce tespiti gereken niteliklerin belirlenmesi konusunda da mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıçlık teminatı esaslarının gözetilmesini zorunlu kılan temel felsefesi ile bağdaşmamaktadır.⁵⁴⁷ Bir kişinin yargıç ve savcı olarak mesleğe kabul edilebilmesi için önce adaylığa kabul edilmesi gerekmektedir. Mesleğe kabul bir idari işlemdir ve bunun neden unsurunu adaylığa kabul ve bu süreçte sağlanacak başarı oluşturmaktadır. Adaylığa kabul, mesleğe kabulün varlık nedenidir. Dolayısıyla bu iki süreç birbirinden ayrı düşünülemez. Adaylığa kabulde ortaya çıkabilecek siyasi etki ve yönlendirme, sonuçlarını mesleğe kabul bakımından da gösterecektir. Bu nedenle sürecin başlangıç aşamasını oluşturan

⁵⁴⁷ Mahkeme üyesi Fulya KANTARCIOĞLU karara muhalif kalmıştır. Muhalefet gerekçesinde şu görüşlere yer verilmiştir: "Avrupa Birliği'ne katılım öncesi stratejinin bir unsuru olan 2005 yılı ilerleme raporunun "Yargı ve Temel Haklar" bölümünde, yazılı sınavı geçen adayların Adalet Bakanlığı temsilcilerinden oluşan bir kurul tarafından mülakata bağlı tutulmalarının, hâkim ve savcı adaylarının istihdamında Adalet Bakanlığı'nın hatırı sayılır derecede etkili olmasına imkân tanıdığına; Türkiye'deki üst düzey adli makamlarca, bu kadar büyük sayıda hâkim ve savcının görevlendirilmesinde Adalet Bakanlığı'nın sahip olduğu etkinin yargının bağımsızlığını ciddi olarak zedeleyeceği kaygısı yarattığına dikkat çekilmektedir. Oysa, hâkim ve savcı güvencesini, niteliklerin belirlenmesinden başlayarak, atanmadan önceki evreyi de kapsayacak bir bütünlük içinde kurala bağlayan Anayasa'nın 140. maddesinin, amacı doğrultusunda anlam ve içerik kazandırılması ve buna uygun düzenlemeler yapılması durumunda, söz konusu eleştirileri dayanaksız kılacak içeriğe sahip olduğu açıktır. Yargıçlık mesleğinin hak ve özgürlüklerin korunmasındaki temel işlevi, Yargıçların sadece bağımsız olmalarının değil, öyle görünmelerinin de yargının saygınlığı ve güvenilirliği bakımından taşıdığı önem ve bireylerin adil bir hukuk düzeninin sağlanması bağlamında yargıdan beklentileri de dikkate alındığında, hâkim ve savcılara tanınan Anayasal güvencenin hâkim ve savcı adaylarına tanınmadığı ileri sürülemez. Yukarıda belirtildiği gibi, Anayasa'daki düzenleme biçimi de bu tür bir ayırımı olanak vermemektedir. Anayasa'nın sözü kadar amacı da önem taşıdığından, yargıyla ilgili ayrımı sayılabilecek ölçüdeki kapsamlı düzenlemeler, amaçları da gözetilerek birlikte değerlendirildiğinde, adalet dağıtımında tek belirleyici olan "yargı erki" mensuplarının adaylığa alınmalarından başlayarak anayasal güvence altında bulundukları sonucuna ulaşılmaktadır. Bu güvencenin ise, hâkim ve savcı adaylarının seçimleri ve kariyerleri konusunda idarenin her türlü etkisinden uzak sadece hâkimlik mesleğinin gerektirdiği bilgi, yetenek ve ilkelerin geçerli olduğu liyakate dayanan bir sistemin benimsenmesini sağlayacağı kuşkusuzdur."

adaylığa kabulünde bağımsız ve tarafsız bir kurul tarafından yapılması yargı bağımsızlığı açısından çok önemlidir.

b.5. Yargı Bağımsızlığı ve Askeri Mahkemeler

Yargı bağımsızlığı konusunda tartışma noktalarından birini de askeri mahkemeler oluşturmaktadır. Doktrinde, gerek askeri yargıçların statüleri gerekse yargıç sınıfından olmayan subay üyelerin varlığı nedeniyle bu mahkemelerin yürütme organına karşı bağımsızlığının zayıflamış olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Türk hukukundaki durum açısından konuyu açıklamak gerekirse, subay üyeler, statülerinden dolayı mesleğe kabul, tayin, terfi, atama, disiplin, emeklilik gibi özlük işleri bakımından 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu hükümlerine tabidirler. Bu haliyle tamamen yürütme organının emrinde olan ve yargıç teminatına sahip olmayan subay üyenin, cezalandırılma endişesi taşımasa bile, tayin ve düşük sicil riski nedeniyle bağlı olduğu komutanının etkisinde kalarak hareket etmiş olması olasılığı vardır. Bu üye etki altında kalmamış olsa bile mevcut statüsü nedeniyle bağımsızlık konusunda kuşkuya neden olabilir. Özellikle suçun mağdurunun, subay üyenin amiri olduğu durumlarda söz konusu etkilenme ihtimali daha yüksek olacaktır.⁵⁴⁸

Diğer taraftan, askeri mahkemelerde görev yapan askeri yargıçların özlük işleri, HSYK benzeri bir kurul tarafından yerine getirilmediğinden yürütme organına karşı bağımsızlıkları bakımından sivil yargıçlara oranla daha teminatsız konumdadırlar. Yürütme organının bir üyesi olan Milli Savunma Bakanının 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunun 29. maddesi gereğince herhangi bir itiraz yolu bulunmaksızın askeri yargıçlara uyarı ve kınama cezası verme yetkisine sahip olması, yargı bağımsızlığını olumsuz olarak etkileyen diğer bir unsurdur. Öncesinde de belirtildiği gibi, AİHM, bağımsızlık ve tarafsızlığı incelerken, yargıçların o davanın somut koşulları bakımından fiilen hukuk dışı bir etki altında kalarak yargısal faaliyette bulunmak suretiyle bir sonuca ulaşmış olduklarını değil, genel olarak

⁵⁴⁸ DEMİRAĞ, Fahrettin, “*Hukuk Devleti Adil Yargılanma Hakkı Ve Askeri Yargı*”, TBBD, Sy.59, 2006, s. 117,136.

mahkemenin bağımsız bir görünüm verip vermediğini incelemektedir. AİHM, doktrindeki görüşlerin aksine olarak askerin yargıçların statülerini, bağımsızlık ve tarafsızlık için yeterli bulmaktadır. Nitekim Anayasanın 145. maddesinin son fıkrasında, askeri yargıçların da tıpkı sivil yargıçlar gibi görevlerini mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıçlık teminatı esaslarına göre yerine getireceklerine dair hüküm yer almaktadır.⁵⁴⁹

Ancak AİHM söz konusu bu statünün özellik arzeden diğer yönleri nedeniyle, bağımsız sayılamayacakları kanaatine ulaşmış; başvuru sahiplerinin bu konudaki endişe ve şüphelerini yerinde bulmuştur. Buna göre, askeri yargıçlar tek görevleri askerlik olan diğer meslektaşları gibi üstlerinden emir alabilen bu nedenle de yürütme organına bağlılığı net olan ordu mensubudurlar. Askeri disiplin kuralları çerçevesinde yapılan değerlendirmelere göre düzenlenen siciller esas alınarak terfi etmektedirler. Atamaları ordu mensubu kişilerden oluşan idari makamlar tarafından gerçekleştirilmektedir. Bütün bunlardan dolayı da hukukun ve davanın dışındaki birtakım hususların etkisinde kalma ihtimalleri yüksektir.⁵⁵⁰

AİHM'nin, Türkiye aleyhine yapılan başvurular nedeniyle vermiş olduğu başta İncal olmak üzere Yavuz⁵⁵¹ ve bu kararlara atıfta bulunarak vermiş olduğu Dikel⁵⁵² ve Yürük⁵⁵³ kararları çerçevesinde⁵⁵⁴ bir değerlendirme yapıldığında ise; askeri yargıçların atama, terfi ve diğer özlük hakları bakımından mevcut hukuksal statülerinin yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığına aykırı bir nitelik taşımadığı, aykırılığın devlete karşı işlenmiş bir suçtan dolayı bir sivilin, üyeleri içinde askeri bir yargıcın da bulunduğu bir mahkemede yargılanması nedeniyle ortaya çıktığı

⁵⁴⁹ TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu taslağının 'Askeri yargı' başlıklı 114/3. maddesinde, "*askeri yargı organlarının kuruluşu, işleyişi ve askeri hakimlerin özlük işleri, askeri savcılarının görevli bulundukları komutanlıkla ilişkileri, yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.*" hükmü yer almaktadır. TBMM'de grubu bulunan siyasi partilerin konuyla ilgili önerileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Barın, 2014, s. 455-458.

⁵⁵⁰ Çıraklar/Türkiye, Başvuru No: 70/1997/854/1061, 28.10.1998, kararın Türkçe çevirisi için bkz. http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/70_1997_854_1061.pdf.; İncal/Türkiye, Başvuru No: 41/1997/825/1001, 09.06.1998, kararın Türkçe çevirisi için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58197#{\"itemid\":\[\"001-58197\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58197#{\). e.t: 06.10.2013

⁵⁵¹ Başvuru No:29870/96, 25.05.2000.

⁵⁵² Başvuru No: 8543/35, 20.09.2009.

⁵⁵³ Başvuru No: 4930/05, 06.04.2010.

⁵⁵⁴ Kararların Türkçe çevirisi için bkz. http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_menu.asp?IDNO=36#1. e.t: 06.10.2013

anlaşılmaktadır. Bu nedenle Anayasanın 145. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “askeri mahkemeler, asker olmayan kişilerin özel kanunda belirtilen askeri suçları ile kanunda gösterilen görevlerini ifa ettikleri sırada veya kanunda gösterilen askeri mahallerde askerlere karşı işledikleri suçlara bakmakla görevlidirler” hükmü, 2010 Anayasa değişiklikleriyle ‘savaş hali haricinde, asker olmayan kişiler askeri mahkemelerde yargılanamaz’ şeklinde yeniden düzenlenerek söz konusu aykırılık ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır.

Kanaatimizce, her ne kadar AİHM, askeri yargıçların hukuksal statülerini yargı bağımsızlığı açısından sakıncalı görmüyorsa da askeri yargıçlar bakımından askeri disiplin ve teamüllere göre hareket etmek daha öncelikli bir mesele olup genel görünüm itibarıyla hak ve özgürlüklere bakış açılarının hak temelli olması yerine, ödevler ve kolektif amaçlar çerçevesinde oluşma ihtimali bulunmaktadır. Bu nedenle askeri yargının kaldırılarak genel yargı sistemi içinde bir uzmanlık mahkemesine dönüştürülmesi, bunun çeşitli nedenlerle mümkün olmaması halinde ise askeri yargıçların özlük işlerinin HSYK benzeri ancak sivil ve asker kişilerin birlikte oluşturdukları bağımsız bir kurulca yerine getirilmesi, özellikle de yargıç kariyerini dolayısıyla da bağımsızlığını doğrudan ilgilendiren Milli Savunma Bakanının askeri yargıçlar bakımından sahip olduğu uyarma ve kınama cezası vermeye ilişkin yetkisinin bir takım usulü güvencelerin varlığı çerçevesinde söz konusu bu kurulca kullanılması daha uygun olabilir.⁵⁵⁵

b.6. Yargıçların Yargısal Olmayan Görevlere Atanması ve Yargı Bağımsızlığı

Kuvvetler ayrılığı çerçevesinde yargı bağımsızlığıyla ilgili olarak önem arzeden hususlardan biri de yargıçlara yargı teşkilatı içinde başka görevler verilip

⁵⁵⁵357 sayılı Askeri Hakimler Kanunda değişiklikler öngören 19.12.2014 tarihli ve 5033 sayılı tasarı ile söz konusu Kanunun 32. maddesinde ‘Askeri Hakimler Kurulu’ oluşturulmaktadır. Kurulun temsil ve yönetiminden Milli Savunma Bakanı sorumlu olup Kurulun diğer üyeleri Milli Savunma Bakanının önerisiyle Başbakan tarafından seçilecek birinci sınıfa ayrılmış askeri yargıçlardan oluşmaktadır. Kanun 35. maddesinde Kurulun tüm kararlarına karşı yargı yolunun açık olduğu düzenlenmektedir. Tasarıyla, söz konusu Kanunun 9. maddesiyle Milli Savunma Bakanının askeri yargıçlara uyarı ve kınama cezası verme yetkisi kaldırılarak Kurula tüm disiplin cezalarını verme yetkisi tanınmaktadır. Tasarının tüm metni için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-1008.pdf>. e.t: 04.12.2015

verilemeyeceğidir. Bu konuda doktrinde genel kanaat, yargıçların kanunda belirlenmiş olanların dışında genel veya özel görev almamaları gerektiği şeklindedir.⁵⁵⁶

Kanaatimizce, yargıcılık bir ihtisas mesleğidir ve bu nedenle yargıçlar yargısal faaliyetin yürütülmesi kapsamında değerlendirilemeyecek görevler almamalıdır. Özellikle de bürokratik görevlerin verilmesinde, yürütme organı son sözü söylediğinden böylesine bir konuma gelmek isteyen yargıcın geçmişte vermiş olduğu kararlar ve ortaya koyduğu duruşun hükümet politikaları ile ne derecede uyumlu olduğu önemli olmaktadır. Bu durumun yargı bağımsızlığı bakımından yaratmış olduğu sakıncalar son derece açıktır.⁵⁵⁷ Ancak AİHM, yargıçlara yargı teşkilatı içinde başka görevler verilmesini bağımsızlığı zedeleyen bir durum olarak görmemektedir. Ayrıca diğer devlet işlerinde çalıştırılmalarını da tamamen aykırılık olarak görmemekte, ancak yapılan işin niteliğine göre bazı sınırlamalara tabi olması gerektiğini belirtmektedir.⁵⁵⁸

Diğer taraftan 6087 sayılı Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu'nun 15. maddesine göre müfettişlik görevine HSYK Genel Kurulu kararı ile atama yapılmaktadır ve bu hiçbir objektif ölçüte dayanmamaktadır. Aynı husus usulde paralellik ilkesi gereğince bu görevden ayrılmak için de söz konusu olacağından gerek atanma gerekse ayrılmak bakımından idari bir organ olan Genel Kurul son sözü söylemektedir. Bu haliyle müfettişler, diğer bakanlıklardaki meslektaşlarının sahip olduğu müfettişlik güvencesinden⁵⁵⁹ yoksundurlar. Yargıçların kariyer

⁵⁵⁶ Evik, 2004, s. 296.

⁵⁵⁷ Bu nedenle Adalet Bakanlığı Uzmanlığı yada başka bir ad altında hukuk fakültesi mezunlarının icra edeceği bir kariyer mesleği ihdas edilerek Bakanlığın bürokrat ve diğer idari görevliler ihtiyacı bu şekilde karşılanmalıdır.

⁵⁵⁸ Piersack/Belçika, Başvuru No: 8692/79, 01.10.1982. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. <http://aihmgoster.asp?id=56>. e.t: 06.06.2013

⁵⁵⁹ Söz konusu güvence örneğin Başbakanlık Teftiş Kurulu Yönetmeliği'nin 40. maddesinde şu şekilde belirtilmiştir: *"Teftiş hizmetleri, diğer idari görevlerden ayrı bir kariyer olarak düzenlendiğinden; Başbakanlık Müfettişleri kendi istekleri dışında veya teftiş hizmetlerinin gerekleriyle bağdaşmayan sıhhi, ahlaki veya mesleki yetersizlikleri tespit edilmedikçe görevden alınamaz; diğer idari görevlere atanamazlar. Sıhhi, ahlaki veya mesleki yetersizlik hallerinin; yargı kararı, sağlık kurulu raporu, müfettiş raporu gibi belgelerle tevsiki esastır."* Bu hükümden de anlaşıldığı üzere bir müfettişin kendi isteği dışında görevden ayrılması başta yargı kararı olmak üzere sıkı usul şartlarına bağlanarak müfettişlerin her türlü endişe ve baskıdan uzak bir şekilde bu görevi yerine getirmeleri sağlanmak istenmiştir. 09.04.2011 tarihli HSYK Teftiş Kurulu Yönetmeliği inceliginde herhangi bir güvenceye rastlanılmamaktadır. HSYK müfettişliği gibi yürütülen faaliyetin yargıç kariyeri ve dolayısıyla da yargıç bağımsızlığı bakımından önemli sonuçları olan bir görevi

basamaklarında yükselmelerinde müfettiş raporlarının önemi dikkate alındığında, söz konusu bu görevin objektif bir şekilde yapılmasının yargıç teminatı açısından önemi büyüktür. Bu nedenle müfettişlik görevinin, yargıç ve savcılar için bir kariyer mesleği haline getirilmesi, şartları objektif olarak belirlenmiş bir sınav yöntemiyle müfettiş yardımcılığından başlayarak devam eden bir kariyer sistemi kurularak müfettişlik güvencesi tanınması uygun bir yöntem olabilirdi.

Hemen belirtilmelidir ki yargıçlık teminatı yargısal faaliyetin yerine getirilmesi bakımından söz konusudur. Adli-idari görev ayrımının nerede başlayıp nerede biteceği net bir şekilde yapılamayacağından yargıçların idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlı olduğunu belirten Anayasanın 140/6. maddesinin varlığına son verilmelidir.⁵⁶⁰ Ayrıca, yargıçlar hakkında ulaşılması mümkün olmayan gizli bir sicil dosyası ve HSYK müfettişleri tarafından denetimler sonunda düzenlenen ve ‘ahlaki gidişleri’, ‘göreve bağlılıkları’ gibi objektif değerlendirme ölçütlerine dayanmayan hal kâğıtları tutulmaktadır ve bu belgelere dayanarak Bakanlık, yargıçların özlük hakları üzerinde idari işlemler niteliğinde tasarruflarda bulunmaktadır. Bütün bunlar ülkemizde yürütme organının, yargı organı üzerinde sahip olduğu yetkileri göstermektedir. Bu yetkiler zaman zaman yargı organı üzerinde bir baskı ve yönlendirme aracına dönüşmektedir.

Kanaatimizce, yargıç kariyerini etkileyebilecek idari nitelikteki her türlü tasarruf yargı bağımsızlığını da belirleyecektir. Önemli olan bunun sınırları belli, tanımları açıkça yapılmış hükümlere dayalı olarak hukuken ortaya konulması, gerektiğinde de ilgili yargıcın başvurabileceği ve yaşanmış pratikler nedeniyle de sonuç alma gücüne sahip, işlemi yapan makamlardan ayrı itiraz mercilerinin bulunmasıdır. Bu çerçevede bir değerlendirme yapıldığında, gerek yukarıda belirtilen Anayasanın 140/6. maddesinde yer alan adli-idari görev ayrımının gerekse yargıcın ahlaki gidişi, göreve bağlılığı gibi hususların anılan niteliğe uygun olmadığı

yerinen getirenlerle benzer bir güvencenin tanınmamış olması büyük bir eksiklik olarak karşımıza çıkmaktadır.

⁵⁶⁰ Üzerinde uzlaşmaya varılan TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu taslağının 'Hakimlik Mesleği ve Teminatı' başlıklı 111. maddesinde, yargıçların idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlı olduğunu belirten herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. TBMM'de grubu bulunan siyasi partilerin konuyla ilgili önerileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Barın, 2014, s. 446-452.

dolayısıyla da yargı bağımsızlığını olumsuz olarak belirleme gücüne sahip olduğu görülecektir.

c. Yasama Organı Karşısında Bağımsızlık

Yargı bağımsızlığı, sadece anayasa yada kanunlarda buna yönelik hükümlerin var olmasıyla sağlanamaz. Bu nedenle söz konusu hükümleri ihdas eden yasama organına karşı da bir takım güvencelerin varlığı çok önemlidir. Bu çerçevede kanunlar veya diğer yasama faaliyetleri aracılığıyla yargıya emir verilememesi, fonksiyonlarını yerine getirirken bağlayıcı, yargısal özgürlüğü sınırlayıcı sonuçların ortaya çıkmaması gerekmektedir.⁵⁶¹ Kararları, yasama organı tarafından etkisizleştirilip hiçe sayılan yargı, bağımsız olamaz.⁵⁶² 1982 Anayasasının 138. maddesine göre, görülmekte olan bir dava hakkında yasama meclisinde, yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz. Yasama ve yürütme organları yargı kararlarına uymak zorundadır, bu organlar ve idare mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştirmez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez. Böylelikle, gerek soru sorarak gerek beyanda bulunularak yargıcın etki ve baskı altında kalması önlenmek istenmiştir.

Kanaatimizce söz konusu hüküm dar yorumlanmalıdır. Yasama organı millet adına faaliyet yürüten genel bir karar organıdır. Bu nedenle kural olan; yasama organında her şeyin görüşülüp tartışılabilmesidir. Yasama sorumsuzluğu da bunu fiilen hayata geçirmek için milletvekillerine tanınmış olan bir ayrıcalık değil, bir güvencedir. Millet adına karar verme yetkisine sahip olan bir organın yine millet adına hüküm veren yargı organının faaliyetleriyle ilgilenmesinden daha doğal bir şey olamaz. Örneğin, yargıcın görevini kötüye kullandığı iddialarının basında yer aldığı ya da davanın zaman aşımına uğrama tehlikesiyle karşı karşıya olduğu bir davaya herkes ilgi gösterirken TBMM'nin buna ilgisiz kalması onun genel karar organı olma sıfatıyla bağdaşmaz. Bu nedenle Anayasamızın bu hükmü genel kuralın istisnasını teşkil etmektedir. Başka bir ifadeyle: söz konusu yasağın, yalnızca görülmekte olan

⁵⁶¹ Evik, 2004, s. 294.

⁵⁶² Keskin, 1998, s. 136.

muhakemedeki yargıçların yargısal faaliyete ilişkin kararlar yani yargı yetkisinin kullanılması bakımından olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Söz konusu nitelikte olmayan her hususta tartışma ve değerlendirme yapılabilirdir.

Benzer şekilde, devam etmekte olan adli bir soruşturmaya ilişkin Meclis araştırması açılmasının Anayasanın 138.maddesinin, dolayısıyla yargı bağımsızlığının ihlali olup olmadığı da konu bakımından önem taşımaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin eski tarihli kararlarında bunun mümkün olacağı belirtilmiştir.⁵⁶³ Doktrinde de bu kararı destekleyen görüşler bulunmaktadır. Bu görüşler, meclis araştırmasının niteliğinin yargı yetkisinin kullanımıyla ilgili olmadığı, bunun daha çok olayın siyasi yönüne ilişkin olduğu ve kesinlikle suçlu tespiti yoluna gidilmediği, yargıya müdahale olasılığını ortadan kaldırmayı amaçlayan bir Anayasa hükmünün, yine Anayasanın başka maddelerinde düzenlenmiş olan parlamenter denetim yollarından birinin işlerliğini aksatması ya da önlemesinin düşünülemeyeceği, aynı konunun, hem yasama organı hem de yargı organı önünde olabileceği temeline dayanmaktadır Buna göre, yasama organının önündeki konunun, duruşma, tanık, yargıç, bilirkişi gibi yargı yetkisinin kullanılmasıyla doğrudan ilgili olmaması gerekir.⁵⁶⁴

Diğer taraftan Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyi'nin, 2001 yılında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin dikkatine sunduğu 'Yargının Bağımsızlığı ve Hakimlerin Görevden Alınamaması Standartlarına Dair' istişari görüşünde, Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartı'na atıfla yargıçların mesleğe kabulü, ataması ve görevine son verilmesi başta olmak üzere kariyerlerini ilgilendiren tüm konularda yürütmenin dışında yasama organından da bağımsız bir kurulun tek yetkili olması ve bu kurulun en az yarısının, meslektaşlarının en katılımcı bir şekilde temsiline imkan verecek yöntemlerle seçilmiş yargıçlardan oluşması gerektiği

⁵⁶³ 1970/25 E, 1970/32 K, 18.06.1970, AMKD, Sy.8, 2. Baskı, 1991, s. 340 vd.

⁵⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. ERGÜL, Ozan, "Aynı Olaya İlişkin Meclis Araştırması İle Adli Soruşturmanın Bağdaşmazlığı Üzerine", TBBD, Sy.69, 2007, s. 126-128.; Üzerinde uzlaşmaya varılan TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu taslağının, 'Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı' başlıklı 112. maddesinde, mevcut düzenlemeden farklı olarak, "görülmekte olan bir davayı etkilemek amacıyla, münhasıran yargı yetkisinin kullanılmasıyla ilgili, yasama denetimi yollarına başvurulamaz." hükmü yer almaktadır. TBMM'de grubu bulunan siyasi partilerin konuyla ilgili önerileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Barın, 2014, s. 440-446.

belirtilerek yargı bağımsızlığı bakımından yasama organının da ne kadar belirleyici bir konumda olduğu ortaya konmuştur.⁵⁶⁵

C. İNSAN HAKLARINA DAYALI DEVLET YAPISI

Devlet-birey ilişkilerini belirleyen en önemli faktör insan haklarıdır. Devlet, bir yandan insan hakları- temel hak ve özgürlüklerin korunmasında alternatifi bu güne kadar bulunamamış en etkili kurumsal organizasyon iken diğer yandan da sahip olduğu şiddet tekeli nedeniyle de bunların en güçlü potansiyel ihlal edicisi konumundadır. Böylelikle devlet ve insan hakları kavramları hem birbirlerini tamamlayıp güçlendirmekte, hem de birbiriyle çelişmektedir.⁵⁶⁶ Bu da devlet-birey ilişkilerinin son derece hassas bir çizgi üzerinde yürütmesine yol açmaktadır. İnsan hakları, esas olarak devlete karşı ileri sürülen iddialardır. Başka bir ifadeyle, insan haklarının muhatabı(yükümlüsü) devlettir. Bütün bu nedenlerden dolayı da insan hakları siyasal bir nitelik taşımaktadır. Diğer taraftan insan hakları devlet iktidarından kaynaklanan yetkiye dayalı bütün faaliyetlerin de meşruluk kaynağını oluşturmaktadır. İnsan hakları konusunda herhangi bir hassasiyet taşımayan, onu sürekli bir şekilde ihlal eden devletler çoğunluk iradesine dayansalar bile bir süre sonra meşruluklarının sorgulanması kaçınılmaz olacaktır. Devlet özellikle de toplumsal yaşam içinde en güçlü iktidara sahip bir kurum olarak bütün eylem ve işlemlerinde insan haklarını mutlaka gözetmek zorundadır.

1. İnsan Hakları- Temel Hak ve Özgürlükler Kavramları

İnsanın hakkı olarak insan hakları başlangıçta her ne kadar burjuvazi gibi belli sınıfların çıkarları ile ilişkilendirilmiş, onun otoriter siyasal iktidara ve değişmesi mümkün olmayan toplumsal yapıya karşı vermiş olduğu mücadelenin ideolojik ve politik silahı olarak görülmüşse de günümüzde başta eşitlik ve özgürlük

⁵⁶⁵ Raporun Türkçe çevirisi için bkz.

http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/gorusler/12001.pdf. e.t: 05.10.2013

⁵⁶⁶ ÇEÇEN, Anıl, “Devlet ve İnsan Hakları”, TBBD, Sy.1989/6, 1989, s. 826.

olmak üzere iktidarın aklın ve hukukun gereklerine uygun bir şekilde hareket etmesi talepleri gibi siyasal sonuçları pek çok sistemin asıl parçası haline gelmiş; insan haklarının taraflılığı düşüncesi geride kalmıştır.⁵⁶⁷ İnsan hakları toplumsal olan her şeyin referansını oluşturan konulardan biri ve belki de en önemlisidir. Söz konusu bu özelliği sadece ulusal sınırlar içinde kalmayıp gerek düşünsel olarak gerekse bireylerin günlük yaşamlarında karşı karşıya oldukları bir sorun olarak uluslararası hukuk ve siyasetin önemli bir çalışma ve ilgi alanını oluşturmaktadır.

İnsan hakları, onurlu bir yaşam sürdürebilmek için gerekli olduğu düşünülen hakların bütünüdür.⁵⁶⁸ İnsan hakları pozitif hukuktan bağımsız olarak gelişip değişen dinamik bir süreci ifade etmektedir. Hatta parlamentolar başta olmak üzere karar organlarının yavaş çalışması, bazı devletlerin bir kısım hakları tanımak bakımından isteksiz davranması gibi nedenler başta olmak üzere çeşitli nedenlerden dolayı pozitif hukukça yakalanmaya çalışılmaktadır. Herhangi bir hakkın insan hakkı olarak ortaya çıkabilmesi için mutlaka hukuksal bir düzenlemede yer alması gerekli değildir. İnsan hakları kavramı gerek ulusal gerekse uluslararası hukukça tanınmamış olan hakları da içermektedir. Varlıkları pozitif hukuktan bağımsız olup, geçerliliklerini, üstün bir ahlaki ilkedен almaktadırlar.⁵⁶⁹ Söz konusu bu durum ‘somut insan hakları’ ve ‘soyut insan hakları’ ayrımı yapılarak da ele alınmakta, insan hakları deyimi ile tüm insanlara tanınması gereken hakların anlatılmak istendiği, buna soyut anlamda insan hakları deneceği, bu anlamda insan haklarının ‘olanı’ değil ‘olması’ gerekeni göstereceği belirtilmektedir.⁵⁷⁰ Bu çerçevede insan hakları tarihi, doktrindeki ifadeyle, *"soyut insan ile somut yurttaş arasındaki boşluğu kapatmaya ilişkin devam eden ve daima başarısız olan mücadele, donuk insan taslağına beden, kan...ekleme savaşı olarak yazılabilirdi."*⁵⁷¹

⁵⁶⁷ DOUZİNAS, Costas, *"İnsan Hakları ve Postmodern Ütopya"*, Çev.:Kasım Akbaş, İçinde: Hukuk, Adalet ve İnsan Hakları, NotaBene Yayınları, Ed: Rabia Sağlam/Kasım Akbaş, Ankara 2015, s. 74.

⁵⁶⁸ UYGUN, Oktay, *"İnsan Hakları Kuramı"*, İçinde: Kamu Hukuku İncelemeleri, Der.: Oktay Uygun, XII Levha Yayınları, İstanbul 2011, s. 8.

⁵⁶⁹ ERDOĞAN, Mustafa, *"Başörtüsü, İnsan Hakları ve Teamüller"*, İçinde: Anayasa ve Özgürlük, Der.: Mustafa Erdoğan, Yetkin Yayınevi, Ankara 2002, s. 111.

⁵⁷⁰ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz/GÖZÜBÜYÜK, Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 4.Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2003, s. 30.

⁵⁷¹ DOUZİNAS, Costas, *"İnsancılığın Bin Bir Yüzü"*, Çev.:Kasım Akbaş, İçinde: Hukuk, Adalet ve İnsan Hakları, NotaBene Yayınları, Ed: Rabia Sağlam/Kasım Akbaş, Ankara 2015, s. 30.

İnsan hakları kavramında esas vurgu, 'insan' sözcüğü üzerinedir. Bir kimsenin, mensubiyeti, doğuştan getirdiği özellikleri, kazanılmış donanımları⁵⁷² gibi başka hiçbir unsur önemli olmaksızın, sadece insan olması nedeniyle sahip olması gereken haklar, insan haklarıdır. Bu nedenle ihtiyaçları, nitelikleri ve çeşitli arzularıyla insanın doğal yapısı normatif hakların kaynağını oluşturmaktadır. İnsan tanımı, hakların özünü ve koruma alanının sınırlarını belirlemekte, insan hakları da insana hukuksal bir kişilik kazandırmakta⁵⁷³ onu bir obje durumundan suje konumuna yükseltmektedir. Böylelikle, her birey toplumsal hayatın işleyişine ilişkin olarak ihdas edilen normların gerek ortaya çıkış gerekse uygulama süreçlerine siyasal düzlemde ve eşit bir şekilde katılmaktadır. Bu çerçevede, adaletin kurallarını eleştirme ve değiştirme gücüne sahip olmaktadır.⁵⁷⁴

İnsan hakları, benzer kavramlar olan ve doktrinde kullanılan, 'kamu hürriyetleri', 'temel hak ve özgürlükler', 'medeni haklar', 'vatandaş hakları' gibi kavramları da kapsayacak şekilde daha geniş bir anlama sahiptir ve insan değerini korumayı, insanın maddi ve manevi varlığının geliştirilmesini, hayata geçmesini amaçlayan kurallar bütünüdür.⁵⁷⁵

İnsan hakları; genel olarak, daha çok olması gerekeni ifade eden⁵⁷⁶ veya sadece idealist bildirilere geçen bir 'ulaşılacak hedefler programı' olup⁵⁷⁷ 'ideal bir haklar' listesidir.⁵⁷⁸ Pozitif hükümlerden çok moral inançlara dayanmakta olup⁵⁷⁹

⁵⁷² Erdoğan, 2002, s.111.

⁵⁷³ Örneğin herhangi bir ülkeye yapmış olduğu sığınma talebini insan hakları üzerine inşa eden bir kişinin durumu, söz konusu talebi ekonomik ya da siyasal nedenlere dayalı olarak yapana göre daha ayrıcalıklı, daha insan olacaktır. Benzer şekilde farklı cinsel eğilimlere sahip olan bireylerin orduya alınma talepleri, idare hukuku çerçevesindeki bir dışlamanın akıl dışı olduğuna yönelik eleştiri olarak değil de ayrımcılığa ilişkin hak iddiaları olarak takdim edilse daha büyük bir başarı şansına sahip olurdu. Douzinas, 2015 (a), s. 27-33.

⁵⁷⁴ GUNTER, Klaus, "*Human Rights and Political Culture*", İçinde: The EU and Human Rights, Ed.:Philip Alston, Oxford University Press, Oxford 1999, s. 126.

⁵⁷⁵ ATALAY, Esra, "*Yargısal Temel Haklar*", İçinde: Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan, DEÜHFY, İzmir 1997, s. 438.

⁵⁷⁶ Doktrinde, ifadeye konu olabilen herşeyin hak niteliği kazanıp hakkın nesnesi olabileceği belirtilmektedir. Örneğin, düşünce ve ifade özgürlüğü ya da yıllık ücretli izin hakkına , sevgi, eğlence ya da televizyonda her gün yayınlanan bir dizinin yeniden gösterilmesi hakkı eklenebilecektir. Douzinas, 2015 (a), s. 33.

⁵⁷⁷ Kapani,1993, s. 14.

⁵⁷⁸TANÖR, Bülent, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Genişletilmiş 3. Baskı, BDS Yayınları, İstanbul 1994, s. 15; Kapani, 1993, s. 14; Atalay, 1997, s. 438.

⁵⁷⁹ BULUT, Nihat, Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, XII Levha Yayınları, İstanbul 2009, s. 9.

insan davranışlarına yön vermektedir.⁵⁸⁰ Buna karşılık kamu hürriyetleri ya da temel hak ve özgürlükler ise, insan hakları denilen ‘olması gereken’ in, ‘idealin’ pozitif hukukça tanınarak hayata geçmiş olan kısmını ifade etmektedir. Başka bir ifadeyle, kamu özgürlükleri-temel hak ve özgürlükler, insan haklarının pozitif hukuk tarafından düzenlenip tanınan, korunan ve bazı şartlar altında sınırlandırılan, başta çekirdek (öz) kısımları olmak üzere somut özellikleri belirgin olan kısmını oluşturmakta olup anayasal devletlerin de varlık amacını teşkil etmektedir. Kanaatimizce, devlet insan haklarını tanıyıp onun kendi hukukunun bir parçası haline getirmekle bir bakıma hak ve özgürlüklere sahip çıktığını, konuyla ilgili ilk muhatabın kendisi olduğunu ilan edip kendi kendisini bağlamış olmaktadır.

2. Anayasal Devlette İnsan Haklarının Rolü ve Önemi

Anayasacılık ve dolayısıyla anayasal devlet bakımından insan hakları iki taraflı bir önem arz etmektedir. Anayasal devlette insan hakları bir yönüyle bizatihi bir değer, amaçtır ve bu yönüyle de korunması gerekmektedir. Diğer yönüyle ise, devlet iktidarını sınırlamaya yarayan bir araçtır.⁵⁸¹

Yukarıda belirtildiği gibi bireyin sadece insan olması nedeniyle sahip olduğu bu haklara yer verip çeşitli boyutlarıyla düzenlemeyen bir belge anayasa olarak nitelendirilemez. Gerçekten de kapsamı ve koruyup-geliştirme fonksiyonu değişmekle birlikte tüm anayasalarda bir şekilde insan hakları yer almaktadır. Anayasal devletin anayasasında ise evrensel hukukun insan hakkı olarak belirttiği haklar düzenlenip güvence altına alınmıştır. Diğer taraftan bir toplumda yöneten ve yönetilenler farklılaşmasının ortaya çıkışıyla beraber devlet olgusu da kendini göstermiştir. Zaman içinde toplumun nüfusu artmış; bu da kargaşa ve düzensizliği beraberinde getirmiştir. İnsanlar da söz konusu bu ortamda kendilerini güvence altına alabilmek ve sahip oldukları haklarını koruyabilmek için kendilerinin dışında ve aynı zamanda üstünde varsayımsal bir güç, bir varlık olarak devlete ihtiyaç duymuşlardır. Devletin asıl varlık nedeni insanların güvenlik ihtiyacını gidermek ve insan haklarını

⁵⁸⁰ RAND, Ayn, “*İnsan(ın) Hakları*”, Çev.: Atilla Yayla, İçinde: Sosyal ve siyasal Teori, Der.: Atilla Yayla, Siyasal Kitabevi, 2. Baskı, Ankara 1999, s. 317.

⁵⁸¹ Arslan, 2008 (b), s. 24.

korumaktır. Anayasal devlet, kendi egemenlik sınırları içinde yaşayan tüm insanların başta hayat olmak üzere diğer tüm haklarını korumak ve insanca bir hayat sürdürmelerini sağlayacak adaletli bir düzeni kurmak zorundadır. Aksine bir durumda devlet denen olgu kendi varlık nedenini kendisi yadsıyarak tartışmalı bir duruma getirmiş olur. Ayrıca insan haklarının ne oranda gerçekleşip korunduğu ilgili devletin gelişmişlik veya uygarlık düzeyinin en önemli göstergelerinden birini oluşturmaktadır.⁵⁸²

Anayasacılığın en temel amacı olan kamusal nitelikteki yetkilerin kullanılmasına etkili sınırlar getirerek kontrolü sağlama çabasında, insan hakları; temel referans noktasını oluşturmaktadır. Öncesinde de belirtildiği üzere, devletin sınırlanması düşüncesi antik çağlara kadar uzanmakla birlikte, anayasacılık düşüncesinde yeni olan söz konusu sınırlamanın insan hakları çerçevesinde gerçekleştirilmek istenmesidir.

Bir bakıma ‘leviathanın gemlenmesi’ ile modern insan haklarının doğumu aynı çıkış noktasında yer almaktadır.⁵⁸³ İnsan hakları, bireyler bakımından devlete karşı bir koruma kalkını fonksiyonunu yerine getirmektedir. Bu nedenle devlet iktidarının ve onun bir niteliği olan egemenliğinin sınırını, insan hakları çizmektedir. İnsan haklarının ilgili devletin hukuk düzenindeki konumu ne kadar güçlü ise söz konusu sınır bireyler lehinde ortaya çıkmakta, devletin kamusal yetkiye dayalı olarak kullanacağı takdir hakkının sınırları daralmaktadır. İnsan hakları egemenin keyfiliğinin sınırlanmasında bir referans noktası olup, ‘adil’ ile ‘gayrı adil’ arasındaki fark da buna göre belirlenmektedir.⁵⁸⁴

⁵⁸² Aydınlanma Dönemi düşünürleri bireyi başlı başına bir amaç ve değer olarak gördüklerinden insan haklarının pozitif hukuk ötesi, herhangi bir şart ve statüye bağlı olmayan niteliğe sahip olduğunu savunmuşlardır. Bunun doğal sonuçlarından biri, insan haklarının devlete ‘öncelik’ eden haklar olduğudur. Devlet birey ilişkilerinde pozitif hukuk üstü dayanaklara devlet değil sadece bireyler başvuru hakkına sahiptir. Başka bir ifadeyle; devlet, hiçbir gerekçeyle bireylere karşı bu tür hukuk kaynaklarına dayanamayacak, bunlardan yararlanamayacaktır. Dolayısıyla tabi hukuk, bireyi tahakküm ve baskının bir nesnesi haline getirme çabalarına karşı çıkışın ve bireyin, iktidar karşısındaki hak talebini, politikanın sürekli gündemi haline getirmenin bir ifadesi olmaktadır. SANCAR, Mithat, “*Hukukun Oluşturulmasında İnsan Haklarının Rolü yada İnsan Hakları İle Pozitif Hukuk Arasındaki İlişki*”, içinde: Devlet Akli Kışkacında Hukuk Devleti, Der.: Mithat Sancar, İletişim Yayınları, İstanbul 2000, s. 112; Arslan, 2008 (b), s. 25; TEPE, Harun, “*İnsan Hakları: Kavram, Kapsam ve Ölçüt*”, içinde: Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları, Der.: Selda Çağlar, Beta Yayınları, İstanbul 2010, s. 2.

⁵⁸³ Sancar, 2000 (h), s. 112.

⁵⁸⁴ Sancar, 2000 (h), s. 112.

Anayasal devlet, insanların güvenliğini sağlamasının bir bedeli olarak onların hak ve özgürlüklerini bütünüyle devralarak kendi otoritesine bağlayan bir ‘leviathan’ değildir.⁵⁸⁵ İnsanla ve özellikle de onun haklarıyla tanımlanmaktadır.⁵⁸⁶ Kanaatimizce, devlet-birey ilişkisi aslında bir bakıma haklar dengesi olup anayasal devlet, devlet ve insan haklarını bireysel hakların öncülüğünde çağdaş bir hukuksal çerçeve içerisinde dengeleyebilmiş olan devlettir. Doktrinde, Türk Hukukunda, devletin temel amaç ve görevlerinin düzenlendiği 1982 Anayasası’nın 5. maddesinin⁵⁸⁷ söz konusu dengeyi sağlamaktan uzak olduğu belirtilmektedir. Buna göre, anayasal bir devletin anayasanın, devletin temel amaç ve görevlerini düzenleyen maddelerinin asıl amacı, devlet otoritesinin, bireylerin temel hak ve özgürlüklerine ilişkin olarak üstlenmiş olduğu sorumluluklara açıklık getirmektir. Oysaki 5. madde, devlete öncelikle kendi varlığını, bağımsızlığını ve bütünlüğünü koruma görevi vermiştir.⁵⁸⁸ Bu, devlet-birey ilişkisinde, devletin ve onun varlığında ortaya çıkan diğer değerlerin korunmasına öncelik tanıyan bir anlayışın anayasal düzeydeki ifadesi olmaktadır.⁵⁸⁹

Kanaatimizce, bir devletin var oluş felsefesi; anayasaların devletin temel amaç ve görevlerinin düzenlendiği maddelerinde somut bir görünüm kazanır. Devletsel faaliyete ilişkin özellikle de hak ve özgürlüklerle ilgili uyumsuzlukların çözümünde bu felsefe bir yorum aracı olarak kendisine başvurulacak en önemli kaynakların başında gelmektedir. Anayasamız bakımından söz konusu bu felsefenin ortaya konduğu 5. maddede, her şeyden önce devletin insan haklarını korumak gibi bir görevi bulunmamaktadır. Devlete ait varlık ve değerler daha öncelikli bir mesele olarak yer almakta olup özgürlüklere ilişkin yaklaşımın temelini, önce devlet ve ona ait değerler, sonra özgürlükler oluşturmaktadır. Diğer taraftan Cumhuriyetin temel niteliklerinin hüküm altına alındığı Anayasa’nın 2. maddesinde geçen ‘insan

⁵⁸⁵ Erdem, 1998, s. 630.

⁵⁸⁶ Çeçen, 1989, s. 97.

⁵⁸⁷ Madde şu şekildedir: “Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.”

⁵⁸⁸ YAZICI, Serap, “Yeni Bir Anayasanın Yapımını Sürecinde Türkiye: Yasakçılıktan Özgürlükçülüğe, Otoritarizmden Demokrasiye, Vesayetçilikten Demokratik Temsile”, İçinde: Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, C.II, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 746.

⁵⁸⁹ Yazıcı, 2008, s. 746.

haklarına saygılı olma' ibaresinde yer alan saygı, bir varlık yada kurumun ancak kendisi dışında yer alan bir değer için geçerli olacak bir yaklaşımı ortaya koymaktadır. Aslında böylelikle insan haklarının devletin dışında bir olgu olduğu ifade edilmiş olmaktadır. Oysaki insan hakları, anayasal bir devletin var oluş nedenini ve bütün devletsel faaliyetin çerçevesini oluşturmaktadır. Devlet bir kurum olarak insan haklarına referansla oluşacağından hak ve özgürlükler, onun temelinde yer almaktadır. Her ne kadar Anayasa'nın 5. maddesinin devamında insan hakları ile ilgili olarak devlete bir takım engelleri kaldırmak ve gerekli şartları hazırlamak görevi verilmişse de anayasal devletin her şeyden önce onları koruması gerekmekte olup diğer görevleri koruma çerçevesinde ortaya çıkıp zaman içinde gelişecektir. Bu nedenlerden dolayı Anayasa'nın 2 ve 5. maddeleri insan hakları ve dolayısıyla da anayasal devletin varlığı bakımından oldukça sakıncalı düzenlemeleri oluşturmaktadırlar.⁵⁹⁰

Anayasal devlet insan haklarına dayalı olan bir devlet anlayışını ifade etmektedir. Anayasal devletlerde, devlet gücü ile bireylerin temel hak ve özgürlükleri birbirine zıt kavramlar olarak ele alınamaz; aksine birey, devletten önce ve devlet dışında dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez nitelikte belli hak ve özgürlüklerin sahibi olarak değerlendirilir. Bu çerçevede insan, onurlu, haysiyetli bir varlık olarak devletsel faaliyetin nesnesi değil, öznesi konumundadır.⁵⁹¹ Böylesine bir devlet düzeninde insan hakları, devletin dışında, ondan ayrı olmayıp aksine⁵⁹² devletin bir parçası, temel bir unsurdur.⁵⁹³ Onun dayandığı, kavramlar ve değerler bütünüdür.⁵⁹⁴ İnsan hakları, anayasal devletin var oluş nedeni, çıkış noktası olup herhangi bir şarta bağlanması mümkün olmayan mutlak değerlerdir.

⁵⁹⁰ TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu taslağının 'Cumhuriyetin Nitelikleri' başlıklı 149. maddesinde, söz konusu ibare üzerinde bir uzlaşmaya varılamadığı, AKP ve BDP tarafından verilen önerilerde, 'insan haklarına dayanan' ibaresinin bulunduğu görülmekteyken 'devletin temel araç ve görevleri' başlıklı 152. maddesinde, devletin varoluş felsefesinin değiştiği, devlete insan onurunu koruma görevinin verildiği, insan haklarının; devlet ve ona ait değerlerden daha öncelikli olduğu anlaşılmaktadır. TBMM'de grubu bulanan siyasi partilerin konuyla ilgili önerileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Barın, 2014, s. 8-16.

⁵⁹¹ SAĞLAM, Fazıl, "1982 Anayasası'nın Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Getirdiği Sorunlar", İçinde: Bahri Savcı'ya Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, 1988, s. 433.

⁵⁹² Tanör, 1994, s. 256.

⁵⁹³ Sağlam, 1988, s. 434.

⁵⁹⁴ ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yayınevi, 5. Baskı, Konya 2002, s. 89.

3. Anayasal Devletin Temel Hak ve Özgürlükler Anlayışı

Daha öncesinde de belirtildiği üzere, anayasal devlet; liberal düşüncenin bir sonucudur ve bu düşüncede özgürlükler belli bir içerikte anlaşılmıştır. Bu çerçevede özgürlük; hiçbir şekilde zorlama, sınırlama ve baskı olmaksızın bireyin kendi kararlarını kendi iradesi doğrultusunda verebilmesidir. Birey, kendi dünyasında başkalarının özellikle de devletin müdahalesinden uzak bir şekilde yaşamalıdır. Negatif özgürlük anlayışı olarak adlandırılabilen bu özgürlük anlayışında birey, devlet tarafından dokunulması ve aşılması mümkün olmayan özel bir alana sahiptir.⁵⁹⁵ Bu nedenlerden dolayı doktrinde, anayasal devlet düzeni içinde esas olarak korunup güvence altına alınması gereken özgürlüğün negatif özgürlükler olduğu belirtilmiştir.⁵⁹⁶ Buna göre; özellikle de sosyal ve ekonomik hakların hayata geçirilebilmesi için devletin müdahalesi şarttır. Ancak bu müdahale beraberinde, devlet tarafından belirlenmiş olan ve genel bir çıkar olduğu varsayılan olgunun gerçekleştirilmesi uğruna bireyin kendi tercih ve menfaatleriyle uyuşmayacak bir şekilde davranmaya zorlanması ve bunun sonucunda da negatif-bireysel özgürlüklerini kaybetmesini getirecektir.⁵⁹⁷ Diğer taraftan anayasacılığın ve anayasal devletin esas amacı; çoğunluğu elinde bulunduranların iktidarına bir sınırlama getirmektir ve bunu da ancak bireysel özgürlükleri koruyarak başarabilir. Bundan dolayı da anayasal devlette, çok eskiden beri tarih sahnesinde var olan bireysel haklar onlardan daha sonra ortaya çıkmış olan sosyal ve ekonomik haklardan daha üstündür. Kişi dokunulmazlığı, düşünce ve ifade özgürlüğü, haberleşme özgürlüğü, özel hayatın dokunulmazlığı, yerleşme ve seyahat özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü, mülkiyet ve adil yargılanma hakkı, seçme ve seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı anayasacılık bakımından sosyal haklardan daha önemlidir.⁵⁹⁸

Kanaatimizce bu görüşlere katılma imkânı yoktur. Şöyle ki; liberal devlet, hiçbir şeye müdahale etmeyen; sosyal, siyasal ve ekonomik gelişmeler karşısında kayıtsız bir tavır içinde olan devlet demek değildir. Devlet, sınırlılığına rağmen

⁵⁹⁵ Turhan, 2005, s. 159-160.

⁵⁹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Turhan, 2005, s. 164.

⁵⁹⁷ COŞKUN, Vahap, “*İnsan Hakları Kapsamı Üzerine Tartışmalar ve Liberal Perspektif*”, İçinde: Prof. Dr. Ergun ÖNEN’e Armağan, MÜHFY, İstanbul 2003, s. 622.

⁵⁹⁸ Turhan, 2005, s.176.

birtakım sorumlulukları da beraberinde taşıyan bir devlettir. Söz konusu sorumluluklarından bir tanesi; ekonomik ve toplumsal hayatın temellerini düzenleyen kuralları bir taraftan ihdas edip bir taraftan bunlara uyulmasını denetleyerek gerekli tedbirleri almak iken bir diğeri ve belki de en önemlisi, toplumsal yaşamda sağlık, eğitim gibi sosyal niteliği ağır basan ve insan onurunu yakından ilgilendiren temel ihtiyaçlarını karşılayamayacak durumda olan bireyler için de çeşitli faaliyetleri yerine getirmektir.⁵⁹⁹ Bütün bunlar, devletin söz konusu nitelikteki faaliyetleri bir müteşebbis olarak doğrudan yerine getirmesi anlamına da gelmeyip bir olgunun sorumluluğunu taşımak ayrı, bunun gereğini bizatihi yerine getirmek ayrı hususlardır.

Nitekim Locke'dan Smith'e kadar pek çok klasik liberal düşünür, devletin sosyal içerikli görevlerinin de bulunduğunu açık bir şekilde ifade etmiş olup bugün bütün liberal ülkelerde eğitim, sağlık, sosyal güvenlik, ücretli tatil gibi sosyal ve ekonomik nitelikteki talepler devlet tarafından kabul edilerek temel hak ve özgürlüğe dönüştürölüp anayasal güvenceye kavuşturulmuştur.⁶⁰⁰

XIX. yüzyılın bireycilik anlayışı, birey ile devleti birbirine düşman iki varlık olarak toplumsal yaşamda karşı karşıya getirmekteydi. Bu çağda devlet, bireysel özgürlükleri sınırlamak istediğı zaman kamu düzeni, toplumsal hayatın gerekleri gibi soyut bir takım kavramları ileri sürüyordu. Ancak bugün için söz konusu durum artık değişmiş olup devlet ile birey düşman olmayıp devlet, bireyin karşısına onun lehine bir takım fonksiyonları yerine getiren bir varlık olarak çıkmaktadır. O, artık bireysel özgürlüklere müdahalesinden endişe edilen bir düşman değil, giderek artan daha geniş sosyal nitelikteki hakları tanımak suretiyle bireylere daha iyi koşullarda yaşama imkânı veren, onları hayatın türlü riskleri karşısında koruma altına alan bir varlığa dönüşmüştür. Özgürlük bilinci ve geleneğinin gelişmiş olduğı toplumlarda sosyal hakların tanınması, bireysel ve siyasal özgürlüklerden vazgeçilmesi sonucunu doğurmaz. İngiltere ve İskandinav ülkelerinde olduğı gibi, sosyal güvenliğin en üst

⁵⁹⁹Doktrinde, anayasal devletin bu türden faaliyetleri yerine getirirken tamamlayıcı bir şekilde hareket etmesi gerektiğı, aksi takdirde her şeyle ilgilenen, her şeyi kuşatıp kapsayan, tüm yaşam alanlarını düzenleyen dolayısıyla da yöneten ve her yere uzanan bir devlet olarak baskıcı bir karakter kazanacağı belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. BRENNER, Michael, "*Devletin Görevleri*", Çev.: Atilla Erkal, İçinde: Anayasa Teorisi, Lale Yayıncılık, Ed.:Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter, Çev.Ed.: İlyas Doğan, Ankara 2014, s. 895-898.

⁶⁰⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Coşkun, 2003, s. 621.

seviyede gerçekleştirildiği ülkelerde, bireysel özgürlüklerin tehdit altında olduğu yada bunlara bir sınırlama getirildiğini söylemek pek mümkün değildir.⁶⁰¹

Diğer taraftan insan haklarının her biri kendi içinde değerlendirildiğinde, ilgili hakkın süjesi konumundaki bireyin hukuksal olarak bir ya da birkaç yönden koruma altına alınabildiği görülmektedir.⁶⁰² İnsan onurundan kaynaklanan ve bireyin sadece insan olmasından dolayı sahip olduğu devredilemez ve vazgeçilmez haklar olarak ortaya çıkan insan hakları içerikleri, yerine getirmiş olduğu fonksiyonları, mevcut sınırlamaları bakımından birbirinden farklı nitelik taşımaktadırlar.⁶⁰³ George Jellinek tarafından devlet ile birey arasındaki ilişkinin durumuna göre, ‘negatif statü hakları’(bireysel özgürlükler), ‘pozitif statü hakları’(sosyal, ekonomik ve kültürel haklar), ‘aktif statü hakları’(vatandaşlık hakları) şeklinde üç kategori şeklinde sınıflandırılan haklar; özgürlüğün, birbirine çok sıkı bir şekilde bağlı olan çeşitli yönlerini oluşturmaktadırlar. Bunlardan her biri diğeri ile tamamlanıp desteklenmediği sürece özgürlük tam olarak gerçekleşmiş olmaz.⁶⁰⁴ Hepsi aynı bütünün ayrılması mümkün olmayan değişik niteliklere sahip unsurlarıdır.⁶⁰⁵ Bireysel haklar, sosyal haklar olmadığı zaman tek başına bireyi özgürleştirmeye, kitleler halinde ondan yararlanmasını sağlamaya yeterli olamamaktadır.⁶⁰⁶ Örneğin liberal özgürlük anlayışında, eşitlik, şekli nitelikte olup fiilen kullanılıp kullanılmıyor olması önemli olmayan bir husustur. Bu durum sözleşme özgürlüğü bakımından daha net olarak ortaya çıkmaktadır. Böylesine bir devlet düzeninde taraflar kendileri için en uygun sözleşme şartlarını kararlaştırmak bakımından teorik

⁶⁰¹ Kapani, 1993, s. 82.

⁶⁰² ALGAN, Bülent, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s. 73; Ayrıca yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, her hak iddiası muhatabına yöneltilmiş olan iki talep içermektedir. İlki eşit muamele görmek, vücut bütünlüğü içinde herhangi bir zarara uğramamak talebi gibi bireyin kişiliğinin bir yönü ilgili özel bir dilek, ikincisi tüm kimliğinin özgün bir şekilde tanınması şeklindeki daha kapsamlı bir talep. Örneğin, herhangi bir etnik azınlığa mensup kişinin iş başvurusunun sırf bu nedenle geri çevrilmiş olması durumunda ayrımcılığa uğramama hakkının ihlal edildiğini öne sürmesi aslında birbiriyle ilişkili ancak göreceli olarak bağımsız iki iddiada bulunması anlamına gelmektedir. Söz konusu ret, hem kişinin bir işe olan ihtiyacının haksız yere yadsınması hem de özgün nitelikli kimliğinin ayrılmaz bir parçası olan etnisitesi nedeniyle ötekileştirilmesidir. Böylelikle her hak ihlali, bireyin kısmi ihtiyaçları ile kimliği arasındaki karşılıklı etkileşimin en vurgulu ifadesi, rejimin kişinin kimliğini bir bütün olarak tanımadığının bir kez daha teyidi olmaktadır. Douzinas, 2015(b), s. 84-85.

⁶⁰³ ANAYURT, Ömer, “ *İnsan Haklarının Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına İlişkin Sınıflamaların Değerlendirilmesi*”, İçinde: Türkiye’de İnsan Hakları, Ed.: Oya Çiftçi, TODAİ Yayınları, Ankara 2000, s. 47.

⁶⁰⁴ Kapani, 1993, s. 6.

⁶⁰⁵ Anayurt, 2000, s. 47.

⁶⁰⁶ Kapani, 1993, s. 6.

olarak eşittirler. Ancak gerçekte, hayatını devam ettirebilmek için iş arayan kişi işverenin sunduğu çalışma koşullarını kabul etmek zorunda kalmaktadır. Söz konusu özgürlüğün fiilen kullanılabilmesi için burada devletin işverenle yapılacak olan pazarlıkta asgari çalışma şartlarını belirleyerek müeyyide ile desteklenmiş olan iş normları ile işverenin sadece kendi menfaatlerini gözetken sözleşme şartlarını kabul ettirmesine karşı iş arayanları koruması gerekmektedir.⁶⁰⁷

Bunun gibi, sadece sosyal hakların tanınması ise, belki geniş ölçüde örneğin sosyal güvenliği sağlayabilir, ancak bireyi gerçek anlamda özgürleştirmeye yetmez. Diğer taraftan, bu iki kategori hak da, vatandaşlık hakları olmadan, iktidar tarafından her an geri alınma riski olan, bu nedenle de onun bahsetmiş olduğu, her türlü destekten ve güvenceden yoksun haklar olarak varlığını kâğıt üzerinde sürdürürler.⁶⁰⁸ Görüldüğü gibi; insan haklarının bütünlüğü, bölünmezliği ve birbirlerini tamamlama ilkesi gereğince bireyin insan haklarından gereği gibi yararlanabilmesi oldukça hassas ve çok boyutlu bir denge üzerinde varlık kazanabilmektedir. İnsan haklarının tümüyle güvence altına alınmış sayılabilmesi için; bireyin meşru ve kanunlarda düzenlenmiş bir takım istisnaların dışında tüm bu haklardan aynı anda ve tam bir şekilde yararlanması gerekmektedir.⁶⁰⁹ Hakların bir kısmını tanıyıp bir kısmını görmezden gelmek, başka bir ifadeyle kısmi nitelikteki bir insan hakları anlayışı, zamanla tüm hakların inkârı sonucunu doğurur.⁶¹⁰ Haklar bir bütün olarak, hukuku meydana getirmektedir. “*Hukuk bir bina ise hak bu binayı ayakta tutan ana kollarıdır.*”⁶¹¹ Nasıl ki, bu kolonlardan bir tanesinin çökmesi binanın da çökmesine neden olarsa hakların kısmileştirilmesi de hukuk düzeninin ortadan kalkmasına neden olacaktır.⁶¹²

Tüm bunlar, AYM’nin bir kararında,⁶¹³ “...biryandan hürriyetler sisteminin kendi içinde bir bütünlük ve dengeye bağlı bulunduğu...” şeklinde ifade edilmiş ayrıca hak ve özgürlüklerin sadece kendi arasında söz konusu nitelikte olmasının yeterli olmadığı, özgürlüklere dayanan anayasal devletin varlığı için devletin diğer

⁶⁰⁷ GÖREN, Zafer, “Sosyal Devlet”, İçinde: Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000, s. 3-4.

⁶⁰⁸ Kapani, 1993, s. 7.

⁶⁰⁹ Algan, 2007, s.73-74.

⁶¹⁰ Anayurt, 2000, s. 49.

⁶¹¹ Çeçen, 1989, s. 25.

⁶¹² Çeçen, 1989, s. 25.

⁶¹³ 1997/62 E, 1998/K, 16.09.1998, AMKD, Sy.36, C.I, 2001, s. 203.

nitelikleri ve bu nitelikleri düzenleyen kurallarla da bütünlük, uyum ve denge içerisinde bulunmaları gerektiğine hükmedilmiştir. Ancak hemen belirtilmelidir ki, söz konusu kararda geçen uyum ve dengenin gözetilmesi hususunun, özgürlüklerin esas alınarak devletin temel organları ve onların niteliklerinin belirlenmesi çerçevesinde olması gerekmekte olup, bu husus anayasal devletin varlığı bakımından büyük önem taşımaktadır.

Gerek tüm bu hususlar gerekse insan haklarının, devlete yönelik bir özgürlük talebi olduğu, bu nedenle de devletin, bireylerin üretmedikleri veya üretimine herhangi bir katkı yapmadıkları mal ve hizmetleri onlara karşılıksız sağlaması olmadığı⁶¹⁴ gerçeği birlikte dikkate alındığında anayasal devlette insan hakları anlayışı kanaatimizce; onun başlangıçta varlık kazanmasına neden olan bireysel hakların belirleyiciliğinde, bireysel ve diğer hakların bir baskı ortamının doğmasına neden olmayacak şekilde dengede olduğu bir sistem üzerinde varlığını devam ettirmesi gerektiği şeklinde olmalıdır.

4. Anayasal Devlette Egemenliğin Temel Hak ve Özgürlükler Çerçevesinde Değişimi

Uzun bir zaman devlet olmanın temel göstergesi hatta bir unsuru ve devlet iktidarının en önemli özelliği olarak değerlendirilen ve mutlak, sınırsız, devredilemez nitelikteki klasik egemenlik anlayışında, modern devletin ortaya çıkışından bu yana hem hukuksal hem de fiili açıdan bir değişim ve dönüşüm yaşanmaktadır. Ancak hukuksal açıdan yaşanan belki de en önemli dönüşüm BM'nin kurulması ve onu takip eden yıllarda olmuştur. Bugünde söz konusu süreç ilerlemiş bir şekilde varlığını devam ettirmektedir. Söz konusu tarihten itibaren anayasal devleti gerçekleştirmek artık ilgili ülkenin ulusal meselesi olmaktan çıkmış; dünya çapında bir nitelik kazanmıştır. Dünya, özellikle de kitle iletişim teknolojisinde yaşanan gelişmelere bağlı olarak giderek küçülmekte; her devlet başka devletin ilgi odağında yer alır duruma gelmektedir. İnsan hakları, ülkelerin başka ülkelerin herhangi bir etki ve müdahalesi olmadan özellikle de egemenlikten doğan yetkilerini serbestçe

⁶¹⁴ Coşkun, 2003, s. 623.

kullanıp özgür tasarruflarda bulunabilecekleri bir alan olmaktan gittikçe uzaklaşmaktadır. İHEB, tüm ülkelerin uymak zorunda olduğu hakları düzenlemektedir. Diğer bir ifadeyle, anayasal devleti gerçekleştirmek artık tüm dünya devletleri için bir sorumluluk halini almış; egemenliğin değişimi ve dönüşümü de bu çerçevede anayasal devlet bakımından oldukça önem kazanmıştır.⁶¹⁵

Egemenlik, bunu kullananların neden olmuş oldukları yetki aşırılıklarına bağlı olarak XX. yüzyılda milyonlarca insanın tabi oldukları bir egemen tarafından öldürülmesi gibi sonuçlar başta olmak üzere yaşanan birçok gelişme sonucunda tartışma konusu olmuş, çeşitli açılardan eleştirilmiş, zamanla mutlak anlamını kaybederek değişmeye başlamıştır. Bu yüzyıldaki uluslararası düzen anlayışını, yaşanan iki büyük Dünya Savaşının hemen sonrasında kurulan uluslararası örgütler ifade ediyor olsa da aslında yeni düzenin en belirgin özelliği, klasik egemenliğin yerine ikame edilen yeni bir egemenlik anlayışına sahip ‘yeni’ devletlerdir.⁶¹⁶ Günümüzde devletin egemenliği teorik olarak varlığını devam ettirmekle birlikte hakların belirleyici bir konumda olduğu birçok hukuki ve fiili sınırlamaya uğramış; özellikle de anayasal devletin egemenliği; özellikle de temel hakları koruma amacı çerçevesinde eskiden sahip olduğu mutlak, bölünmez, devredilmez ve en üstün olma özelliğini kaybetmiştir.

Feodal düzenden modern devlete geçiş sürecinde merkezi bir kavram olarak ortaya çıkmış olan söz konusu bu klasik egemenlik anlayışının, anayasal devletin üzerinde yükseldiği başta hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı ve insan hakları ilkeleri ile bağdaşır bir yönü bulunmamaktadır. Montesquieu’ya göre bir devletin anayasal devlet olabilmesi için özgürlüklerin güvence altına alınması gerekmektedir. Bunun yollarından biri de yasama, yürütme ve yargı iktidarlarının ayrı ellerde toplanmasıdır. Anayasal devletlerin anayasalarında, devlet gücü; yasama, yürütme ve yargılama iktidarlara olarak düzenlenmiştir. Başka bir ifadeyle, rejimin özelliğine bağlı olarak değişmekle birlikte egemenliğin kullanılışı az yada çok bağımsız organlar arasında bölüştürülmüş, egemenlik bölünmüştür.⁶¹⁷ Ayrıca insan hakları örgütleri özelinde uluslararası/ulusalüstü (supranasyonal) kuruluşlardan gelen sınırlamaları da bütün

⁶¹⁵ Benzer yöndeki görüş için bkz. Turhan, 2005, s. 233.

⁶¹⁶ TARHANLI, Turgut, “*Kuvvet Kullanma, Meşruiyet ve Hukuk*”, AYD, Sy.23, 2003, s. 133.

⁶¹⁷ TURHAN, Mehmet, “*Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına Etkileri ve Türk Anayasa Mahkemesi*”, AYD, Sy.20, 2003, s. 225.

bunlara eklemek gerekmektedir. Tüm bu gelişmeler karşısında egemenliğin, özellikle de anayasal devletteki yeni ve çağdaş anlamı ortaya çıkmakta ve yaşanan tartışmalarla birlikte de egemenlik değer kaybına uğramaktadır.⁶¹⁸

Diğer taraftan egemenliğin, mutlak ve sınırsız bir iktidar, kamusal güç şeklinde anlaşılmasının da hukuk devleti ile bağdaşır bir yönü olamaz. Ayrıca, kamu görevlilerinin eylem ve işlemlerinin sınırını, mevcut kurallar ve temel hakların belirlemiş olduğu anayasal devlette, sınırsız hukuki otorite anlamına gelen klasik egemenlik anlayışının yeri yoktur.⁶¹⁹ Doktrinde, bu şekildeki mutlak egemenlik anlayışının, aslında bir tahakküm düzeni olduğu belirtilmektedir.⁶²⁰ Devlete üç temel görev olarak yüklenen, eşitlik, özgürlük ve güvenlik değerlerinin hayata geçirilmesi çabası, kamusal alanda bir hukuk devleti tasarımına götürmüş; resmi alanı temsil eden devletin, kamuya hâkimiyetini-egemenliğini kamunun kendisine hâkimiyetine dönüştürmüştür.⁶²¹

Adı, klasik egemenlik kavramıyla özdeşleşen Bodin'in, "*egemenlik, yurttaşların, uyrukların ve hukukun üstünde olan üstün bir kuvvettir*" şeklindeki sözü; hukukun, devletin egemen bir güç olmasından kaynaklanan yetkilerini sınırlayarak bütün kamusal faaliyeti belirlemek suretiyle temel hak ve özgürlükleri koruyup hayata geçirmek isteyen anayasal devlet ile taban tabana zıttır. Kanaatimizce, böylesine bir egemenlik anlayışının kurumsal kimliği hukuk olan anayasal devlet ile bir arada olması mümkün değildir. Anayasal devlette her türlü iktidar odağı kanunlardan başka devletin üst kimliğini oluşturan anayasa ile bağlıdır. Bu çerçevede düşünüldüğünde, anayasa bir çatı ve en üstün iktidar olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak anayasa yapan bir güç olarak kurucu iktidar bile mutlak ve sınırsız bir şekilde hareket etme yetkisine sahip olmayıp, başta hukukun genel ilkeleri olmak üzere insan hakları gibi evrensel değer ve normlara uyup bunları gözetmek zorundadır.

⁶¹⁸ ÖZER, Atilla, "Ülkemizde Egemenlik ve Yargı Erkinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Karşısındaki Durumu", AYD, Sy.23, 2008, s. 189.

⁶¹⁹ ERDOĞAN, Mustafa, "Egemenliğin Dünyası Bugünü", HAD, Yıl:2, Sy.6-7, 2005, s. 223.

⁶²⁰ SANCAR, Mithat, "Değişen Egemenlik Sürecinde Meşruiyet Sorunu ve Anayasal Düzen", AYD, Sy.20, 2003, s. 164.

⁶²¹ ÖKÇESİZ, Hayrettin, "Hukuk Kültürünün Yapısını 'Nomos-Physis'(Toplum-Kültür-Doğa) Çevresinde Yedi Üçüzlü Bir Kurguyla Açıklama Şemasında Egemenliğin İrdelenmesi", AYD, Sy.20, 2003, s. 122.

Doktrinde bir adım daha ileri gidilerek, hukukun egemenliğinin, özellikle de insan hakları alanında yaşanan uluslararası gelişmelere bağlı olarak egemenlik kavramı yerine ikame edildiği belirtilmektedir.⁶²² Türk Hukukunda egemenliğin hem kaynağını hem de nasıl kullanılacağını hüküm ve ifade altına alan 1982 Anayasası'nın 6. maddesinin birinci fıkrasında yer alan '*egemenlik kayıtsız şartsız millete aittir*' hükmü,⁶²³ egemen bir güç olmaktan kaynaklanan yetkilerin kullanımının arkasında yer alan meşruiyet unsurunun millet olduğunu göstermekte, böylelikle de millete dayanmayan monarşi ya da herhangi bir diktatörlüğün anayasal düzen içinde var olmayacağını açıkça belirtmektedir. Söz konusu bu ifade, egemenliğin kullanım biçimleri değişmekle birlikte 1921 Anayasası'ndan bu yana Anayasalarımızın başlangıç hükümlerinden birini oluşturmuştur. 1921 ve 1924 Anayasalarında egemenliği kullanan tek bir güç iken, 1961 ve 1982 Anayasalarında egemenlik, anayasanın koyduğu esaslara göre, yasama, yürütme ve yargı kuvvetleri tarafından kullanılacaktır. Böylelikle egemen bir güç olmaktan kaynaklanan yetkiler anayasal organlar tarafından bölüşülerek bir taraftan kuvvetler ayrılığına, diğer taraftan da söz konusu yetkilerin tamamının dolayısıyla da egemenliğin kullanımının en üst norm olan Anayasa tarafından belirlenen usul ve esaslara uygun olacağı belirtilmek suretiyle hukuk devleti ilkesine ve böylelikle de anayasal devlete işaret edilmiş; temel hak ve özgürlükler güvenceye kavuşturulmak istenmiştir.⁶²⁴

Mutlak ve sınırsızlık anlamında klasik egemenlik anlayışı, insan hakları öğretisi ile bağdaşması mümkün olmayan bir durumdur. Çağdaş insan hakları ve anayasal devletin başlangıç noktasını oluşturan düşüncenin temelinde, öncelikle bireyi kendi devletine karşı korumak, devletin bu amaçla hukuksal yollarla denetlenmesi yer almaktadır.⁶²⁵ 1789 Fransız Devrimini ortaya çıkaran temel düşünce, doğal-ferdi haklar kuramı olup insanların, sırf insan olmaları nedeniyle

⁶²² Gül, 2010, s. 29.

⁶²³ Söz konusu bu hükümle ilgili olarak doktrinde şu görüş dile getirilmiştir: "Yeni Anayasada '*egemenlik terimine özellikle de 'kayıtsız, şartsız' olanına yer vermemeliyiz. Kayıtsız şartsız egemenliğin olduğu yerde hukuk devleti olmaz. Ayrıca, Anayasada Türkiye'nin Avrupa ile bütünleşmesini kolaylaştıracak ve uluslararası insan hakları hukuku ile ilgili yükümlülüklerinin savsaklanmasını önleyecek bir hükmün yer alması uygun olur.*" ERDOĞAN, Mustafa, "*Türkiye'nin Anayasa Sorunu*", içinde: Anayasa ve Özgürlük, Der.: Mustafa Erdoğan, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s. 36.

⁶²⁴ Doktrinde egemenliğin, sınırları Anayasa ile çizilmiş hukuki bir yetki kullanımı olduğu belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. İNCEOĞLU, Sibel, "*Türkiye: AB'nin Yetkileri Karşısında Nasıl Bir Egemenlik Anlayışı*", AYD, Sy.22, 2005, s. 247.

⁶²⁵ Turhan, 2003, s. 226.

dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez, zaman aşımına uğramaz hakları olduğunu savunulmuştur. Buna göre, devlet, bu hakları ihlal edemez ancak ve ancak gerektiği zaman gerekli olduğu kadar sınırlandırabilir. Konuya, klasik egemenlik anlayışı çerçevesinden bakıldığında ise; devlet, egemense insan haklarına istediği ölçüde sınır koyar veya isterse de onları ortadan kaldıracaktır. Devletin bireylerin özgürlüklerini, keyfi olarak sınırlandırmama yaklaşımı temelinde hareket etmesi halinde onun, mutlak ve sınırsız egemenliğinden söz edilmesi pek mümkün olmayacaktır.⁶²⁶ Oysaki anayasal devletin varlık nedenlerinin başında, insan haklarının hayata geçirilmesi gelmektedir. Böyle bir sistemde devlet otoritesi, her zaman ve her şartta en üstün olamaz. Devletin egemenliği, insan hakları temelinde sınırlandırılmıştır. Anayasal güvenceye bağlanmış bir hak ile devletin, egemenlik yetkilerinden kaynaklanan bir tasarrufu karşı karşıya geldiğinde bireyin anayasal hakkı korunmakta; birey, devlet otoritesine uymamayı seçebilmektedir.⁶²⁷ Başka bir ifadeyle, anayasal devlet düzeninin temelini bireylerin temel hak ve özgürlükleri lehine sınırlanmış devlet gücü oluşturmaktadır.

Anayasal devletin, insan hakları bakımından iç hukukta tanıma, koruma ve gereğini yerine getirme şeklinde ortaya çıkan sorumlulukları, uluslararası alanda egemenliğini sınırlandıran bir olgu olarak karşısına çıkmaktadır.⁶²⁸ 1789 Fransız Bildirgesi ile başlayan ve bireyi, bir devletin vatandaşı olmadan önce de insan sayan evrensellik anlayışı, günümüzde insanın nerede olduğu önemli olmaksızın temel hak ve özgürlüklerini korumayı, tüm insanlığın ortak sorunu haline getirmiştir. Felsefi açıdan da aynı şekilde değerlendirilen bu durum, BM'nin kurulup bünyesinde imzalanan insan hakları sözleşmeleri ve özellikle de Avrupa Konseyi bünyesinde 1950'de kabul edilip 1953'de yürürlüğe giren AİHS ile devletler-üstü denetim mekanizmalarının kurulmasına yol açan bir dizi gelişmenin başlangıcını oluşturmuştur.⁶²⁹ Devletler mutlak nitelikteki klasik egemenliklerini, İkinci Dünya savaşı öncesi yaşanan acı gelişmelerden sonra insan hakları temelinde, barışı ve güvenliği sağlamak üzere kurdukları uluslararası/ulusüstü örgütler aracılığıyla terk

⁶²⁶ KOÇAK, Mustafa, Devlet ve Egemenlik, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s. 139.

⁶²⁷ UYGUN, Oktay, "Üniter ve Federal Devlet Açısından Egemenliğin Bölünmezliği İlkesi", İçinde: Kamu Hukuku İncelemeleri, Der.: Oktay Uygun, XII Levha Yayınları, İstanbul 2011, s. 607.

⁶²⁸ ALGAN, Bülent, "Değişen Egemenlik Anlayışı ve Küreselleşme Bağlamında İnsan Hakları", KHHD, Sy.27-28, 2006, s.73.

⁶²⁹ SOYSAL, Mümtaz, "Değişen Egemenlik ve Meşruluk", AYD, Sy.20, 2003, s. 180.

etmeye başlamışlar⁶³⁰ ve egemenliğin sınırlanması bir olgu olarak, savaş sonrası insan haklarına dayanan demokratik düzenin, uluslararası hukuk yoluyla korunma girişimleri çerçevesinde ortaya çıkmıştır.⁶³¹

Devletin ulusal sınırlar içinde sahip olduğu egemenliğinin hukuksal boyutunun belirtilen şekildeki dönüşümü aslında insan hakları anlayışında yaşanan dönüşümü ifade etmektedir ve bu süreç kısaca insan haklarının uluslararasılaşması şeklinde tanımlanabilir. Böylelikle devletin, özgürlükler üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunma yetkisi elinden alınarak egemeni olduğu topluluğu baskı altına alma imkânı sınırlanmıştır.⁶³² Söz konusu bu süreç, anayasal devletin globalleşmesi olarak nitelenmek de mümkün olduğu gibi doktrinde, anayasal düzenin uluslararasılaşması olarak da belirtilmektedir.⁶³³

Hemen belirtmek gerekir ki doktrinde, bu alanda bilinen ve uluslararasılaşmanın başlangıç noktası olarak kabul edilen Birleşmiş Milletler'den (BM) önce ortaya çıkan ve egemenliğin ilk güç kaybına uğradığı varsayılan Nürnberg uluslararası mahkemesine⁶³⁴ dikkat çekilmektedir. Mahkeme yeni bir hukuk yaratarak insanlığa karşı işlenen suçları yargılıyordu. Böylelikle tarihte ilk kez

⁶³⁰ KILIÇ, Ali Şahin, “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Devletlerin Egemenliği Üzerine Ulusal Egemenlik Odaklı Bir İnceleme”, AÜHFD, C.53, Sy.3, 2009, s. 636.

⁶³¹ YAZICI, Serap, “Avrupa Birliği Süreci: Ulus Devletten Ulusüstü Devlete Geçişte Egemenlik Yetkisinin Devri”, İçinde: Özgürlükler Düzeni Olarak Anayasa, Fazıl Sağlam 65. Yaş Armağanı, İmaj yayıncılık, İstanbul 2006, s. 447.

⁶³² Doktrinde aslında güçlendirilenin, halk egemenliği ilkesi olduğu belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sancar, 2003, s. 164. Doktrinde, gerek halk egemenliğinin gerekse ulus egemenliğinin aslında temelde XVIII. yüzyıl burjuva düşüncesinin bir ürünü olduğu ve kuramsal olarak aralarında bir fark olmadığı, halkın istencinin, kolektif bir varlık olan ulusun içine yerleştirilmesi ve böylece bu istencin halk egemenliği olarak tanımlandığı, halk egemenliğinin kral devletten ulus devlete geçiş ile çok sıkı bir ilişki içinde bulunduğu ifade edilmektedir. AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali, “Halk ya da Ulus Egemenliğinin Kuramsal Temelleri Üzerine Birkaç Düşünce”, AÜSBFD, C.XLI, No:1-4, 1986, s. 132,136.

⁶³³ Herdegen, 2014, s. 294.

⁶³⁴ Savaşan devletlere ait görevlilerin düşman devletin, işgal edilmiş ulusun veya ülkenin mal ve vatandaşlarına karşı, savaş hukukunun ağır ihlali şeklinde gerçekleştirmiş oldukları fiillerin tümü olarak tanımlanabilecek savaş suçlarına ilişkin uluslararası toplumun hareketsizliği II. Dünya Savaşına kadar devam etmiştir. Nazilerin Alman Musevi nüfusa karşı yürüttüğü soy kırım kampanyası ve savaş suçu kapsamına girmeyen diğer insanlık dışı eylemler, uluslararası alanda insanlığa karşı suçlar kavramının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Yine Japonların uzak doğuda işlediği savaş suçları ve diğer insanlığa karşı suçlar güçlü bir tepkiye neden olunca, 1945 yılında Nürnberg Askeri Uluslararası Ceza Mahkemesi kurulmuştur. Uluslararası suçlardan dolayı kişilerin sorumluluğu bu Mahkemenin kararlarında sürekli olarak vurgulanmıştır. Mahkeme, sanıkların, uluslararası hukukun; sadece egemen devletlerin kuramsal olarak gerçekleştirdikleri faaliyetleri ve birbiriyle olan ilişkilerini ilgilendiren bir hukuk dalı olduğu ve kişileri konu edinemeyeceği yönündeki savunmalarına itibar etmemiştir. Nürnberg yargıçları, uluslararası hukuk kurallarını ihlal etmek suretiyle suç işleyen kişilerin yargılanıp cezalandırılmasını, uluslararası hukukun uygulanmasının bir şartı olarak görmüşlerdir. AZARKAN, Ezeli, “Uluslararası Ceza Mahkemelerinde Savaş Suçları”, HAD, Yıl:1, Sy.1, 2004, s. 54-59.

bir devletin kendi vatandaşlarına yaptıklarını başka devletler yargılıyordu.⁶³⁵ Başka bir ifadeyle, insan hakları çerçevesinde bir devletin dilediği gibi tasarrufta bulunma yetkisine yani egemenliğine kendisi dışındaki bir güç odağı tarafından müdahale edilmiş oluyordu.

Devletler, gerek ulusüstü/uluslararası örgütlere üyelikleri gerekse bu örgütlerin organları tarafından hazırlanan sözleşmeler nedeniyle uluslararası sorumluluk altına girmekte, çeşitli düzeylerde denetlenmeyi kabul etmektedir.⁶³⁶ Özellikle XIX. yüzyılda devredilmez, vazgeçilmez, yanılmaz, mutlak ve en üstün olma nitelikleriyle en güçlü olduğu noktaya ulaşmış bulunan ulus devletlerin egemenlikleri, bu yüzyıldan sonra gerek bölgesel gerekse evrensel ölçekteki ulusüstü/uluslararası kuruluşların-örgütlerin insan haklarının hayata geçirilip korunmasına yönelik olarak devletler üzerinde kullanmış oldukları yetkilerle büyük ölçüde güç kaybına uğramıştır.

Hemen belirtmek gerekir ki, uluslararası alanda ortaya çıkan uluslararası örgütler ile ulusüstü örgütler⁶³⁷ temel özellikler bakımından birbirinden farklıdır. BM, NATO ve benzeri örneklerde de görüldüğü gibi klasik uluslararası örgütlerde amaç, üye devletlerarası işbirliğini geliştirmek iken; ulusüstü örgütlerde, işbirliğinden daha çok belli konu ve alanlarda bütünleşmenin sağlanmasıdır.⁶³⁸ Konumuz bakımından ise bu alan elbette ki, insan hakları alanıdır ve bu yönüyle oldukça önemlidir. Bütünleşmenin sağlandığı alanlarda başta kural koyma ve uyuşmazlıkları çözme yetkisi gibi egemenliğin tezahürü olan yetkiler, üye devletlerden alınmakta ve ulusüstü örgütlerin değişik organlarına verilmektedir.⁶³⁹ Doktrinde, bu yönüyle söz konusu örgütler ile anayasa yargısı arasında olası bir gerilime dikkat çekilmekte ve anayasa hukukunun bu nedenle konuya gereğince ilgi göstermediği belirtilmektedir. Devletlerin söz konusu örgütleri kurarken kurucu andlaşmada yetkileri tanımladıkları; bu tanımlamanın da beraberinde, örgütün

⁶³⁵ BELGE, Murat, “AB ve Globalleşme Sürecinde Egemenliğin Dönüşümü ve Ulusal Egemenliğin Dönüşümü”, AYD, Sy.20, 2003, s. 40.

⁶³⁶ Algan, 2006, s. 73.

⁶³⁷ Doktrinde, ulusüstü örgüte, ‘arsulusal tüze’ terimi de kullanılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. EROĞUL, Cem, “Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına ve Anayasa Yargısına Etkileri”, AYD, Sy.20, 2003, s. 197.

⁶³⁸ HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, “Anayasa Mahkemelerinin İşlevi Bağlamında Günümüzde Ortaya Çıkan İki Sorun: Yerindelik Tartışmaları ve Ulusalüstü Örgüte Üye Devletlerdeki Anayasa Yargısının Konu Bakımından Sınırlanması”, AYD, Sy.24, 2007, s. 546.

⁶³⁹ Hakyemez, 2007, s. 546.

yetkilendirildiği alanlarda kurucu ve üye devletlerin bazı egemenlik yetkilerinden feragat etme, en azından bu yetkileri örgütle veya örgüt üzerinden diğer üye devletlerle paylaşma durumunun da bu gerilimi artırdığı vurgulanmaktadır.⁶⁴⁰

Söz konusu örgütlerin, tek tek üye devletlerin iradelerinin üzerinde, onları aşan ulus-üstü bir niteliği bulunmaktadır. Bu örgütlerin gerek devletlerin üzerinde ve onlardan bağımsız konumları gerekse onların almış olduğu kararların üye devletler için bağlayıcı olduğu dikkate alındığında anayasal devletlerin egemenlik yetkileri belli bir alana (insan hakları) yönelik olsa da ulusüstü örgütlere devredilmiş olmaktadır. Bir devlet söz konusu örgüte üye olarak insan haklarına daha güvenceli bir konum kazandırıp anayasal olma niteliğini kuvvetlendirmekle bir bakıma egemenlikten kaynaklanan yetkilerini bu örgüte kullandırmayı baştan kabul etmiş olmaktadır.⁶⁴¹ Egemenliğin değişik kullanım biçimlerinin incelendiği uluslararası doktrinde, devletlerle anılan nitelikteki örgütler arasındaki ilişki çetrefil olarak tabir edilmekte bu durumun, ‘egemenliğin bir havuzda toplanması’, ‘yarışan egemenlik’, ‘karma egemenlik’, ‘kooperatif egemenlik’ gibi terimlerle ifade edildiği belirtilmektedir.⁶⁴²

Yaşanan söz konusu bu süreç, egemenlik anlayışındaki değişimin işaretidir. Çünkü mutlak bir egemenlik anlayışı ile devletin kendi egemenlik sınırları dışındaki herhangi bir kurumsal yapı karşısında sorumlu olması, bir arada düşünülemez. İşte uluslararası düzeyde kurulmaya çalışılan ilk örgütler bu anlayışın kırıldığını göstermektedir.⁶⁴³ Bu sürecin başlangıcını ise insan haklarını koruma düşüncesi oluşturmuştur. Tüm bu gelişmelerden sonra uluslararası hukukta egemenliğin, artık, her türlü uluslararası kuruluşu üyeliğin gereklerini yerine getirme sorumluluğuyla birlikte, ilişki kurma kapasitesi ve hakkı haline dönüştüğü⁶⁴⁴ ve uluslararası hukukun çizdiği sınırlar içinde kullanabilinen bir yetki olduğu belirtilmektedir.⁶⁴⁵ Böylelikle

⁶⁴⁰ ŞEN, Murat, “Egemenliğin Kollektif Kullanımı: AB’nin Anayasal Yapısına Uyum Açısından Anayasanız”, AYD, Sy.22, 2005, s. 219.

⁶⁴¹ Hakyemez, 2007, s. 547.

⁶⁴² Ayrıntılı bilgi için bkz. Şen, 2005, s. 220.

⁶⁴³ ALGAN, Bülent/ TİRYAKİ, Refik, “Uluslararası Hukuk Açısından Uluslararası Organizasyonlar ve İnsan Haklarının Korunması: Birleşmiş Milletler Örneği”, Avrasya Dosyası, Birleşmiş Milletler Özel Sayısı, C.8, Sy.1, 2002, s. 94.

⁶⁴⁴ Anne M.Slaughter, “Sovereignty And Power In A Networked World Order”, Standford Law Journal, Vol 40(283), 2004, s.325 den nakleden, Kılıç, 2009, s. 637.

⁶⁴⁵ YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, “Egemenlik Yetkisinin Kullanılması AB Hukuku ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası”, GHD, Sy.22, 2005, s.13.

egemenlik, bu şekilde elde edilen uluslararası statünün yeni adı olmaktadır.⁶⁴⁶Aslında kanaatimizce tüm bu süreç bir yönüyle 1648 tarihli Westphalia Barış anlaşmasıyla kurulan ve sadece devletlerin söz sahibi olduğu uluslararası ilişkilerin, devletler, devletlerle uluslararası-ulusüstü örgütler ve bu örgütlerin kendi aralarındaki ilişkiler olarak dönüşmesini sağlamıştır.

Benzer şekilde Avrupa Konseyi'nin kurularak 1950'de üye devletlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni(AİHS) imzalaması, daha sonraki yıllarda kabul edilen protokoller ile Sözleşmenin dinamik bir nitelik kazanarak düzenlemiş olduğu hakların gerek sayı olarak gerekse koruma düzeyi olarak artırılması; aynı çerçevede Sözleşmeye taraf devletlerin bu Sözleşme'nin gereklerine ne ölçüde uyduklarını yargısal olarak denetlemek üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) kurulması ve Mahkeme kararlarının bağlayıcı bir niteliğe kavuşturulması ulus devletin denetlenmesi gibi bir dönemler düşünülmesi dahi son derece tehlikeli olarak değerlendirilen bir sonuç yaratarak egemenliğin mutlak ve sınırsız niteliğinin insan hakları çerçevesinde değişiminin en önemli nedenlerinden birini oluşturmuştur.

Bu çerçevede, bireylerin, kendi devletlerini aşarak başka bir yerde hak arayabilmeleri,⁶⁴⁷ onu hesap vermek üzere şikâyet etmeleri klasik egemenlik anlayışı ile bağdaşmamaktadır.⁶⁴⁸ Doktrinde; AİHS'nin tarihinin, devletlerin egemenliğinde yaşanan değer kaybı ve gerilemenin tarihine dönüştüğü, devlete ait egemenliklerin yoğunluğunun azaltılması gelişiminin varlık nedenlerinin başında, insan hakları ideolojisinin değer kazanması olduğu belirtilmekte ve yaşanan gelişme şu şekilde özetlenmektedir:” *Hiç kuşku yok ki, AİHS bir sözleşmedir, ancak olağan bir sözleşme değildir. Devletler yemeği listeden seçebilme durumundan bir fiks menü yemek kabul etme durumuna gelmişlerdir. Tamamlayıcı Protokollerde olduğu gibi Sözleşme'nin ihtiyar şartlarının imzalanması neredeyse bir zorunluluk haline dönüşmeye*

⁶⁴⁶ Herdegen, 2014, s. 290.

⁶⁴⁷ Eroğul, 2003, s. 197.

⁶⁴⁸ Ünlü Hukukçu Hans Kelsen, devletlerin insan haklarını ihlal etmelerini önlemenin yolunun, ancak ve ancak onların üzerinde bir hukukun varlığıyla mümkün olabileceğini belirtmektedir. Buna göre, ancak bunun da bir anlam ifade edebilmesi için etkili bir yaptırım sistemiyle desteklenmiş olması gerekmektedir. Neyin doğru neyin yanlış olduğunu söyleyecek bir mahkeme ve bu mahkemenin kabul edilmiş bir otoritesinin olması gerekir. BM bünyesindeki Lahey Adalet Divanı ve AİHM yeni bir durum ve düşüncenin sonucudur. Belge, 2003, s. 40; ADAOĞLU, Soykan Hacer, “*Küreselleşme ve Egemenlik Kavramının Değişmesine Yol Açan Etmenler*”, İÜHFM, C.LXVI, Sy.1, 2008, s. 13.

*yönelmiştir. Buna paralel bir şekilde yorumlayıcı açıklamalar ve çekince koymaya ilişkin yetkiler git gide kısıtlandırılmış bir şekilde anlaşılmaya başlanmıştır.”*⁶⁴⁹

Özetle belirtmek gerekirse, gerek insan haklarının uluslararası bir nitelik kazanması gerek ulusüstü örgütlerce oluşturulan insan haklarına yönelik ulusüstü normlar⁶⁵⁰ ve çoğu yargısal içerikli denetim mekanizmaları gerekse söz konusu örgütlerin belirtilen çerçevede yürütmüş oldukları faaliyetler, egemenliğin sınırlanarak bir baskı aracına dönüşüp kullanılmasını engelleme sonucunu doğurmaktadır.

Türk Hukukunda 1982 Anayasası'nın 90. maddesinde 2004'de yapılan usulüne göre yürürlüğe girmiş uluslararası andlaşmalardan sadece temel hak ve özgürlüklere ilişkin olanlara öncelik tanınmasını içeren değişiklik, konumuz bakımından oldukça önemlidir.⁶⁵¹ Belirtilen değişiklikle, söz konusu nitelikteki andlaşmalar ile kanunların, 'aynı konuda farklı hükümler içermeleri' yani çatışma halleri düzenlenmiş; bu durumda andlaşmaların esas alınacağı belirtilerek onlara Türk Hukuk düzeninde hiyerarşik olarak kanunların üzerinde yer verilmiştir. Belirtilen değişiklik çatışma durumunu düzenlemekteyse de söz konusu andlaşmaların hüküm altına aldığı bir konuda iç hukukta herhangi bir düzenleme bulunmaması halinde yani herhangi bir çatışmanın olmaması halinde ne yapmak gerektiği sorusu önemli olmaktadır.

Doktrinde, bu durumda ortada bir çatışmanın olmadığı ancak çatışmanın bulunmamasının anılan nitelikteki andlaşma hükümlerine göre yorum ve uygulama yapılmasına engel olmadığı, nasıl ki medeni hukuk alanında bir boşluk bulunması durumunda Türk Medeni Kanununun 1. maddesi gereği boşluk dolduruluyorsa burada takip edilecek yolun söz konusu alanda da uygulanması gerektiği, boşluğun

⁶⁴⁹ FRANÇOIS, Flaus Jean, “Devletlerin Egemenliği ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi(AİHS)”, Çev: Ender Ethem Atay, GÜHFD, C.1, Sy.1, 1997, s. 267-268.

⁶⁵⁰ Ulusüstü örgütlerde ortaya çıkan ulusüstü hukuk/normları kapsamında, hem bu örgütlerin anayasaları olarak nitelenebilecek kurucu andlaşmaları hem de bu örgütlerin kendi hukuk düzenlerinin somutlaştırılması çerçevesinde ihdas ettikleri ve tüm üye devletleri bağlayan tasarrufları yer almaktadır. Hakyemez, 2007, s. 547.

⁶⁵¹ TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu taslağının 'Milletlerarası (uluslararası) Anlaşmaları Uygun Bulma' başlıklı 79. maddesinde, temel hak ve özgürlüklere ilişkin anlaşmalara öncelik tanınmasını içeren herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. TBMM'de grubu bulunan siyasi partilerin konuyla ilgili önerileri incelendiğinde sadece iki parti tarafından söz konusu nitelikteki anlaşmalara öncelik tanınmasının önerildiği görülmektedir. Öneriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Barın, 2014, s.273-277.

uluslararası temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşma hükümlerine göre doldurulması gerektiği belirtilmekte olup yerel mahkemeler tarafından bile bunun uygulandığına örnek olarak da Vezirköprü 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin kararı gösterilmektedir.⁶⁵² Kanaatimizce, bu değişiklikte çatışma halinde dahi egemenlik yetkisinden o uyuşmazlık için vazgeçilmesi sonucunu doğuran uluslararası andlaşma hükümlerinin uygulanması öngörülüyorsa iç hukukun düzenlemediği dolayısıyla konuya ilişkin egemenlik yetkisinden kaynaklanan herhangi bir tasarrufta bulunulmasının öngörülmediği bir hususta, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşma hükümlerinin evleviyetle uygulanması gerekmektedir.

Oysaki söz konusu değişiklikten önce Anayasa Mahkemesi de dahil olmak üzere, yargı organları, uluslararası andlaşmaların kanun hükmünde olduğunu belirten 90. maddenin açık ifadesine rağmen kararlarında, AİHS hükümlerine ölçü-referans norm olarak başvurma konusunda istikrarsız bir yaklaşım göstermişler; bazı kararların referansını Sözleşme hükümleri oluşturmuşken,⁶⁵³ bazıları bakımından ise kararın gerekçesini güçlendirici herhangi bir unsur olarak başvurulmuş olup tartışma yaratan kararlarla ilgili olarak Sözleşmeye de uygun olduğu belirtilerek meşruluğun varlığı kanıtlanmaya çalışılmıştır. Başka bir ifadeyle, AİHS hükümleri ve bunları somutlaştıran AİHM içtihatları kararları belirlememiş sadece etkilemiş, gerekçelerden herhangi birini oluşturmuştur.⁶⁵⁴ Anayasa Mahkemesi, anayasa ve yasaları Sözleşme hükümleri ve AİHM kararlarına uygun olarak yorumlayıp uygulamak yerine Sözleşme hükümlerini iç hukuk hükümlerine uygun olarak yorumlama yolunu seçmiştir.⁶⁵⁵ Doktrinde bu yaklaşımın nedeninin, açıkça kararlara

⁶⁵² 2006/77 E, 2007/36 K, 15.12.2007. ÇOLAKER, Mustafa, Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Uluslararası Andlaşmaların İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 58.

⁶⁵³ Örnek kararlar için bkz. 1997/62 E, 1998/K, 16.09.1998, AMKD, Sy.36, C.1, 2001, s. 215.; 1996/68 E, 1999/1 K, 06.01.1999, AMKD, Sy.37, C.1, 2002, s. 202.

⁶⁵⁴ Örnek karar için bkz. 1999/2 E, 2001/2 K, 22.06.2001, AMKD, Sy.37, C.2, 2002, s. 1073.

⁶⁵⁵ AYM'nin Fazilet Partisinin kapatılmasına ilişkin 1999/2 E, 2001/2 K, 22.06.2011 tarihli kararının muhalefet şerhinde söz konusu bu durum AYM Başkan Vekili Haşim Kılıç tarafından şöyle dile getirilmiştir: "... Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi demokrasiyi somutlaştıran, üye devletleri ortak demokrasi standardına zorlayan bir 'Avrupa Anayasası' konumuna getirilmiştir. Demokrasinin korunması düşüncesi temel alınarak hazırlanan ve Türkiye'nin de iç hukukunun bir parçası haline gelen bu sözleşme, içerdiği hükümler ve bunların yorumlanmasından oluşacak içtihatlarla birlikte Anayasa Mahkemesince uygulanması ve ölçü norm olarak kullanılması zorunluluğunu ortaya koymaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni bir ölçü norm olarak değil, kararın gerekçesini güçlendiren, Sözleşme hükümlerinin uygulandığını hissettiren, fakat Sözleşme'yi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yorum ve içtihatları doğrultusunda değil, kendi anlayış ve kavrayış ölçüleri içinde 'destek norm' olarak uygulamıştır. Böylece Mahkeme, ulusal Anayasa ve yasa hükümlerini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve içtihatlarına uygun yorumlanması

yazılmamış olsa da, yargıçların klasik egemenlik anlayışına bağlı olmalarından kaynaklandığı belirtilmiştir.⁶⁵⁶ Değişiklikten sonra ise, yukarıda da belirtildiği gibi yerel mahkemeler dahi Sözleşme hükümlerini ölçü norm olarak kullanmaya başlamışlardır. Bu, klasik egemenlik anlayışında yaşanan değişimi somut olarak göstermektedir.

Yine bu çerçevede olmak üzere ceza hukukunda yer alan kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi gereğince kanunlarda suç olarak tanımlanmayan bir fiilin bu andlaşmalarla suç haline getirilemeyeceği, 2. fıkradaki istisna dışında AİHS'nin 7. maddesinin de bu yönde olduğu ancak ceza usul hukuku açısından var olan boşluğun uluslararası andlaşma hükümlerine göre doldurulmasında bir engel olmadığı da ifade edilmektedir.⁶⁵⁷ Böylelikle hem insan hakları konusundaki andlaşmaları uygulamakta bir ölçüde isteksiz davranan yargıçlar bu şekilde zorlanacak hem de vatandaşa tanınan temel hak ve özgürlükleri, 1982 Anayasasının Başlangıç Bölümü 6. paragrafında belirtilen *bu Anayasa* ile sınırlayan Anayasa'nın kapalı sisteminin, sürekli gelişip değişen uluslararası insan hakları normlarının dinamik yapısına açmak konusunda önemli bir adım atılmış olacaktır.⁶⁵⁸ Diğer taraftan çatışmanın varlığı ve bu durumda hangi hükmün uygulanması gerektiğine karar verecek merciin, söz konusu Anayasa değişikliğinde belirtilmediği, bunun Anayasa koyucu tarafından, sadece yargı organlarının değil, yasama ve yürütme organlarının da uluslararası temel hak ve özgürlükleri uygulanmasını sağlamak amacıyla bilerek düzenlemediği, yasama, yürütme ve yargı organlarının bütün eylem ve işlemlerinde bu andlaşmaları uygulamakla sorumlu oldukları ifade edilmektedir.⁶⁵⁹ Kanaatimizce, anayasanın herhangi bir yükümlülük getiren hükümleri, kullanmış oldukları kamusal yetkiyle ilgili olduğu sürece tüm kamusal makamlara yöneliktir. Ayrıca söz konusu hüküm, Cumhuriyetin temel organlarının düzenlendiği üçüncü kısımda yer almaktadır. Bu nedenlerle tüm kamusal yetkiye dayalı eylem ve işlemlerde belirtilen nitelikteki

yerine, Sözleşme hükümlerini iç hukuk hükümlerine uygun yorumlamak suretiyle Sözleşme'ye de bağlı kaldığını göstermek istemiştir.” Bkz. 05.01.2002 tarihli ve 24631 sayılı mükerrer RG., s. 587.

⁶⁵⁶ Turhan, 2003, s. 226.

⁶⁵⁷ Çolaker, 2010, s. 58.

⁶⁵⁸ GÖNENÇ, Levent/KONTACI Ersoy, “Yaşayan Anayasa 2001 ve 2004 Anayasa Gelişmeleri”, TBBD, Sy.61, 2005, s.126.

⁶⁵⁹ Çolaker, 2010, s. 59.

uluslararası andlaşma hükümlerine riayet etme zorunluluğu bulunmaktadır. Bu hususun anayasal devlet bakımından önemi büyüktür.

Hemen belirtmek gerekir ki, söz konusu değişiklik olmadan da benzer bir zorunluluğun olduğu doktrinde belirtilmekte ve 1982 Anayasası'nın, 15, 16, 42 ve 92. maddeleri dayanak olarak gösterilmekte özellikle de 2. maddenin, tek başına aynı sonucu doğuracağı belirtilmektedir. Buna göre, maddede Türkiye Cumhuriyetinin temel niteliklerinden birinin, insan haklarına saygılı olma olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu saygı sadece ulusal değil BM, Avrupa Konseyi (AK) gibi uluslararası ya da ulusüstü organlarca ortaya konan insan hakları normlarına saygıyı da içermektedir. Her iki saygı birbirinin ayrılmaz parçasıdır. Bir olmadan diğeri varlık kazanamaz. Evrensel ve bölgesel düzeydeki organların koyduğu normlara uyulmadan Anayasa'nın emri olan insan haklarına saygılı devlet ilkesi hayata geçemez, etkileyici ama içi boş bir söz olarak kalmaya mahkûm olur. O zaman da ya söz konusu bu duruma razı olunacak ya da 2. maddenin bir gereği olarak insan hakları konusunda, ulusüstü normlara boyun eğilip gereği yerine getirilecektir. 1982 Anayasası'nın kendisinin bizatihi düzenlenmiş olduğu insan haklarına, temel hak ve özgürlükler kısmında yer verilirken 2. maddede insan hakları teriminin tercih edilmiş olması, Anayasanın kendi düzenlemiş olduklarının dışında daha kapsamlı hak ve özgürlüklerin olabileceğine ilişkin bir kabulü yansıtmaktadır. Bunun içinde uygar dünyanın ortak değeri haline gelen anılan nitelikte insan hakları yer almakta olup bu da yukarıda ifade edilen gerekliliğin başka bir kanıtıdır.⁶⁶⁰

Öncelik kaydını⁶⁶¹ içeren söz konusu bu düzenlemeyle, uluslararası andlaşmaların kaynağı olan ulusüstü örgütlerin organları ile ulusal organlar arasında, egemenliğin kullanılmasında, fiilen bir yetki paylaşımı olmuşken⁶⁶² Anayasa'nın 6, 7 ve 90. maddelerinde buna paralel olarak yetki paylaşımını öngören bir düzenleme yapılmamıştır.⁶⁶³ Doktrinde, yetki paylaşımı yerine başka devletlerle ortak kullanım söz konusu olduğu için yetki devredilmesi tabirinin kullanılması gerektiğini

⁶⁶⁰ Eroğul, 2003, s. 209.

⁶⁶¹ Doktrinde öncelik kaydını karşılamak üzere 'imtiyaz kaydı' ifadesi de kullanılmaktadır. Bkz. Herdegen, 2014, s. 293.

⁶⁶² 1982 Anayasası'nda yapılan 2001 değişiklikleri sırasında aynı konu gündeme gelmiş ancak bu hüküm egemenliğin devri olarak nitelendirildiği için Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda reddedilmiştir. KABOĞLU, Ö.İbrahim, "2001 Anayasa Değişiklikleri: Ulusal-Üstü Etkiden Ulusal Tepkiye", AYD, Sy.19, 2002, s. 111.

⁶⁶³ Yüzbaşıoğlu, 2005, s. 15.

belirten⁶⁶⁴ görüşler de bulunmakta olup yapılan değişikliğin, Anayasanın en üstün norm olma özelliğini devam ettirmesi nedeniyle bir tür ‘egemenlik sendromu’ yarattığı,⁶⁶⁵ vurgulanmaktadır.⁶⁶⁶ Kanaatimizce tüm bu gelişmelerin, egemenlik sendromu ya da devri olarak değil de ‘askıda egemenlik’ kavramıyla ifade edilmesi daha uygun olacaktır. Çünkü egemenlik yetkisinden, temel hak ve özgürlükler bakımından ve Anayasa’nın 90/4. maddesinde belirtilen hususlar dahilinde, şarta bağlı olarak vazgeçilmektedir. Meseleye egemenlik devri olarak yaklaşılsa; bu, devletin egemen olmasından kaynaklanan tüm yetkilerinin söz konusu örgütlere kullandırılması anlamına gelir ve belli bir sürekliliği çağırır. Oysaki örneğin iç hukukta uyuşmazlığın devamı ve yargısal olarak çözümü esnasında insan haklarına ilişkin sözleşmelere göre daha lehte bir düzenleme yapılırsa karar iç hukuk hükümlerine dayalı olarak ortaya çıkacaktır.

Yine bu çerçevede olmak üzere ilk olarak 4771 ve 4793 sayılı Kanunlar ile Türk Mahkemelerince verilen kesin hüküm niteliğindeki kararların, AİHS veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin AİHM’nin kesinleşmiş kararıyla hüküm altına alınmış olmasının bir olağanüstü kanun yolu olan yargılanmanın yenilenmesi

⁶⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. İncoğlu, 2005 (c), s. 248.

⁶⁶⁵ Kaboğlu, 2002, s. 111.

⁶⁶⁶ Konuyla ilgili olarak 1982 Anayasasında birbirini tamamlar nitelikte şu değişikliklerin yapılması önerilmektedir: 6. maddenin 2. fıkrasında yapılması gereken değişiklik:” *Türk Milleti egemenliğini Anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organları eliyle kullanır. Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu uluslararası yekiler kullanan örgüt ya da kuruluşlara ilişkin andlaşmalar bakımından Türk Milleti egemenliğini, diğer milletlerle eşit koşullarda, bu örgüt ve kuruluşların yetkili organları eliyle kullanır.*” Yüzbaşıoğlu, 2005, s. 15; 6. maddeye 2. fıkradan sonra ve son fıkradan önce 3. fıkra olarak eklenmesi gereken cümle:” *Demokrasi, hukukun üstünlüğü ve insan haklarına saygı temelinde milletlerarası işbirliğini amaçlayan milletlerarası andlaşmalar ile egemenliği kullanan organların yetkilerinin bir kısmı andlaşmaların gerektirdiği ölçüde devredilebilir. Bu tür andlaşmalar ancak halk oylaması ile kabul edildikten sonra oylanır.*” İncoğlu, 2005 (c), s. 250; 7. maddede yapılması gereken değişiklik:” *Bu yetki devredilemez; Anayasa ve Anayasa’nın değiştirilemez hükümleri ile uyum içinde olmak koşuluyla, uluslararası yetkiler kullanan örgüt yada kuruluşlara üyeliğin gerektirdiği hükümler saklıdır.*” Yüzbaşıoğlu, 2005, s. 8; Ya da yukarıda belirtilen 3. fıkranın eklenmesinden sonra yapılması gereken değişiklik: “ *Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Anayasa’nın 6. maddesinin 3. fıkrasında gösterilen istisnalar saklı kalmak üzere bu yetki devredilemez.*” İncoğlu, 2005 (c), s. 250; 90. maddesinde yapılması gereken değişiklik:” *Uluslararası yetkiler kullanan örgüt ya da kuruluşlara üyeliğin gerektirdiği andlaşma hükümleriyle kanunların çatışması halinde andlaşma hükümleri uygulanır.*” Yüzbaşıoğlu, 2005, s. 8; Ya da 90. maddenin son fıkrasına eklenmesi gereken cümle:” *Egemenliği kullanan organların yetkilerinin devrini gerektiren milletlerarası andlaşmaların ve bu andlaşmalarla kurulan kurumların bağlayıcı işlemleri yasa ve yasayla eşdeğerdeki diğer düzenlemelerin üzerindedir.*” İncoğlu, 2005 (c), s. 250; Diğer taraftan, TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu taslağının 'egemenlik' başlıklı 153/6. maddesinde, "*ulusalüstü yetkileri bulunan kuruluşlara üyeliği gerektiren uluslararası anlaşma hükümleri saklıdır.*" hükmü yer almaktadır. TBMM'de grubu bulunan siyasi partilerin konuyla ilgili önerileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Barın, 2014, s. 17-19.

sebebi sayılacağı belirtilmiştir.⁶⁶⁷ Doktrindeki bir görüşe göre, bu şekilde Türk yargı erkinin tabi olacağı yeni bir üst makam oluşturulmuştur. Bu üst makam AİHM'dir. Böylece AİHM, Türk Yargı Sistemi içinde yerini almıştır. 1982 Anayasası'nın yargı yetkisini düzenleyen 146 vd. maddeleri incelendiğinde AİHM'in yargı sistemimiz içinde bulunmadığı anlaşılabacaktır. Ülkemizde hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasadan almayan bir yetki kullanamayacağı açık iken, AİHM'nin kaynağını Anayasa'nın 146 vd. maddelerinden almayan bir yetkiyi kullanması Anayasa'mızın egemenlik anlayışıyla bağdaşmamaktadır.⁶⁶⁸

Ancak doktrinde meseleye meşruluk çerçevesinde yaklaşan başka bir düşüncede ise konuyla ilgili tam tersi sonuçlara ulaşılmaktadır. Buna göre, AK üyesi bu devletler yargı erklerinin ulusallığı bakımından bu derecede ulus-üstülüğe katlanıyorlarsa, bu ulusal egemenliklerinden vazgeçtiklerini göstermez. Tersine, insan hakları alanındaki ulusal egemenlikten kaynaklanan yetkilerinin kullanımını, insan hakları gibi en yüksek düzeyde evrensel kriterlere bağlayarak mükemmele yaklaştırma çabasında olduklarını göstermektedir. İnsan haklarının bu şekilde korunmasında herhangi bir devlet ya da devletler topluluğunun menfaati olamayacağından söz konusu katlanmanın meşruluğu da buna dayanmaktadır.⁶⁶⁹ Ayrıca tüm bu gelişmeler, 'uluslararası hukukun iç hukuka yedirilmesi' olup yaşanan

⁶⁶⁷ Söz konusu yenileme nedenleri gerek ceza gerek medeni gerekse idari yargıda daha sonra yapılan düzenlemelerde de aynen muhafaza edilmiştir.

⁶⁶⁸ Özer, 2008, s. 191; Benzer yöndeki görüşler için bkz. KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi, Beta Yayınevi, 18. Baskı, İstanbul 2010, s. 1808,1816. Diğer taraftan bu durumun, ulusal hukuk-uluslararası hukuk ayrımının ortadan kalktığına dair en önemli gösterge olduğu belirtilmektedir. Herdegen, 2014, s. 294.

⁶⁶⁹ Benzer tartışmalar, AB'ye üye devletlerin ulusal anayasaları ile AB anayasal düzeni arasındaki ilişki bakımından da gündemdedir. AB'ye üye devletlerin anayasalarında Avrupa bütünleşmesinin hukuksal dayanakları incelendiğinde biri uluslararası örgütlere biri andlaşmalara ilişkin genel nitelikli normlar, diğeri AB'ye özgü normlar (özüml normlar/ bütünleşme normları) olmak üzere iki farklı yönelimin olduğu görülebilir. Genel nitelikli normlar arasında 'egemenlik sınırlamaları'na (örneğin İtalya ve Yunanistan); ulusal parlamentoların nitelikli çoğunlukla kabulüne bağlı olarak uluslararası örgütlere yetki devrine (örneğin Hollanda; referandum olasılığını da içermek üzere Danimarka; Kongre'nin salt çoğunlukla kabulüne bağlı anayasayı uygulama yasaları yoluyla İspanya) ya da anayasanın demokratik temelleriyle çatışmamak koşuluyla anayasaya aykırı uluslararası yükümlülükler üstlenmeye izin veren normlar (örneğin, 2000 yılındaki Anayasa değişikliği sonrasında Finlandiya) dikkat çekicidir. Nitelikli çoğunluk kuralına açıkça yer vermeksizin anlaşma ya da kanun ile yetki devri konusunda Belçika; andlaşma ile yetki devri konusunda Lüksemburg örnek gösterilebilir. 1992 sonrasında kimi üye devletler yaptıkları anayasa değişiklikleri ile, içerikleri ve öncelikleri farklı olsa da, AB'ye ilişkin özgül anayasa normları da benimsemişlerdir. Bu durum ulusal anayasal düzenlerinin 'Avrupalılaşması' olarak nitelendirilmektedir. Soysal, 2003, s. 180; İncoğlu, 2005 (c), s. 241.

sürecin kaynağı, anayasayı değiştirme yetkisine sahip olan tali iktidarın bağımsız bir kararına dayandığından egemenlik kavramıyla uyumludur.⁶⁷⁰

Kanaatimizce insan hakları söz konusu olduğunda anayasal devletin egemenlik yetkisinin kullanımı, göreceli bir nitelik kazanmakta; yetkinin referansını haklar oluşturmaktadır. Başka bir ifadeyle, egemenlik istisnai bir yetkiye dönüşmüş olmaktadır. Ancak bu durum, egemenlikten vazgeçilmesi anlamına gelmeyip devletin diğer eylem ve işlemleri bakımından varlığını devam ettirmektedir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, bugün için hemen hemen hiçbir devletin herhangi bir sözleşmeye taraf olup kendini bağlamasa dahi, başta insan hakları olmak üzere anayasal devletin gerekleri konusunda, ‘vatandaşına istediğim gibi davranırım’ diyebilecek kadar kendi başına hareket edebilecek;⁶⁷¹ bir toplumun geleceğine ilişkin son sözü söyleyecek kadar geniş yetkilere sahip olmadığı⁶⁷² unutulmamalıdır. Artık, Carl Schmitt’e atfen belirtildiği gibi olağanüstü hale karar veren, fiili durumda gücünü kabul ettiren, tüm karşı koyuş ve engellemelere rağmen mevcut kuralları ihlal etme gücünü kendinde görebilen bir egemenlik anlayışı geçerliliğini kaybetmiştir.⁶⁷³

⁶⁷⁰ Herdegen, 2014, s. 291.

⁶⁷¹ KAPANİ, Münci, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, Bilgi Yayınevi, 4. Baskı, Ankara 2011, s. 92

⁶⁷² İPEK, Aydın, “*Ulus Egemenliği ve Halk Egemenliği Karşılaştırması ve Yeni Anayasa İçin Halk Egemenliği Önerisi*”, DÜSBD, Sy.20, 2008, s. 213.

⁶⁷³ Sancar, 2003, s. 162.

İKİNCİ BÖLÜM

ANAYASAL DEVLETİN İNSAN HAKLARINA İLİŞKİN ÜSTLENDİĞİ FONKSİYONLARIN GÖRÜNÜMÜ, ANAYASAL DEVLETTE ANAYASA YARGISININ YERİ VE FONKSİYONLARI

I. DEVLETİN İNSAN HAKLARINA İLİŞKİN ÜSTLENDİĞİ FONKSİYONLARIN ANAYASAL DEVLETTEKİ GÖRÜNÜMÜ

Devletin insan haklarıyla ilgili olarak tanıma-düzenleme, koruma ve gereğini yerine getirme gibi üstlenmiş olduğu fonksiyonlar anayasal devlet bakımından değişik görünümeler arz etmektedir.

A. TANIMA (DÜZENLEME)

Uzun bir tarihsel sürece yayılan ve devlet iktidarına karşı verilmiş zorlu mücadeleler sonucu insanlığın bir kazanımı olan insan hakları, karşı karşıya kalınan farklı nitelikteki bunalımlara yönelik geliştirilmiş çözümler bütünü olup zaman içinde kendine özgü dinamikleri olan potansiyel bir güç niteliği kazanmıştır. İşte anayasaların yapım sürecinde düzenlenmesi gereken potansiyel bir güç olarak insan hakları, iktidarı iki davranıştan birini tercih etme zorunluluğuyla karşı karşıya bırakırlar. Kurucu iktidar ya bu potansiyel gücü gerçekçi bir şekilde tanıyıp kendi özgün yapısıyla hayata geçirmek üzere düzenleyecek ya da söz konusu gücü denetim altında tutup onu etkisizleştirme yöntemlerine başvuracaktır. İnsan haklarının devlet yapısında ve toplumsal sistemde sahip olacağı genel değeri de yapılan bu tercih belirleyecektir. Anayasal sistemi oluşturan diğer unsurlar ise, insan haklarına kurucu iktidarın bakış açısını ve ona verdiği değeri yansıtır bir şekilde biçimlenecektir.⁶⁷⁴ İnsan haklarının düzenlenmesi aynı zamanda da toplumsal düzenin korunması ile

⁶⁷⁴SANCAR, Mithat, “ *İnsan Hakları Açısından 1982 Anayasası*”, içinde: Devlet Akli Kıskaçında Hukuk Devleti, Der.: Mithat Sancar, İletişim Yayınları, İstanbul 2000, s.137.

temel hak ve özgürlüklerin güvenceye kavuşturulma çabaları arasındaki uzlaşının bir ifadesidir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasına ilişkin düzenlemeler, bir yandan bunların sınırlarını belirlerken diğer yandan koruma mekanizmalarının çerçevesini de çizmektedir.⁶⁷⁵

1. Genel Olarak Düzenleme Kavramı

Anayasal bir devletin en başta gelen görevi, insan haklarını tanıyıp düzenlemektir. Genel olarak düzenlemek, bir konunun esaslarını bir hukuki metin halinde ortaya koymak iken insan hakları anlamında ise, bazı hukuki metinlerde bir insan hakkına yer vererek onu temel hak ve özgürlük haline getirirken onun varlığını, esaslarını ve öz (çekirdek) kısımlarını belirleyip ortaya koymak demektir. Elbette ki bu esaslar belirlenirken o temel hak ve özgürlüğün sınırları da belirlenmiş olmaktadır.⁶⁷⁶ Dolayısıyla bu yönüyle her düzenleme aynı zamanda bir sınırlamayı teşkil etmektedir.⁶⁷⁷ Ancak doktrinde, bunun aksi yönünde görüşler de bulunmaktadır. Buna göre, her düzenlemenin bir sınırlama olduğu düşüncesi liberalizmin olumsuz özgürlük anlayışına dayanmaktadır. Söz konusu anlayışta, devlet ve birey karşı karşıya olup, bireyin, devletin dışında ve ondan bağımsız bir hayat alanı vardır. Asıl olan, bireyin bu alanda istediği gibi yaşamasıdır. Özgürlüğü kullanan, içeriğini kendi iradesine göre belirleyecektir. Devletin olmadığı bu alanda bireyin özgürlüğü ilke olarak sınırsız olup devletin yapacağı her düzenleme olumsuz özgürlük anlayışının bir sonucu olarak, sınırlamayla eş değer nitelikte olacaktır.⁶⁷⁸

Kanaatimizce bu görüşlere katılma imkânı yoktur. Şöyle ki, günümüzde böyle bir devlet ve özgürlük anlayışı varlığını devam ettirmemektedir. Yukarıda açıklandığı gibi, liberal devlet, hiçbir şeye müdahale etmeyen; başta özgürlükler olmak üzere toplumsal dinamikler karşısında kayıtsız bir tavır içinde olan devlet demek değildir. Devletin en önemli görev ve sorumluluklarından bir tanesi belki de

⁶⁷⁵ KABOĞLU, Ö.İbrahim, Kolektif Özgürlükler, DÜHFY, Diyarbakır 1989, s. 113.

⁶⁷⁶ AKBULUT, İlhan, “İnsan Hakları”, İHİD, No:719, 1991, s. 70.

⁶⁷⁷ Benzer yöndeki görüşler için bkz. TUNA, Ş. Gürçağ, “Sosyal Hakların Analizi”, İçinde: Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu I Bildiriler, Düz.: Akdeniz Üniversitesi, Belediye İş Yayınları, 2009, s. 218; TUNAYA, Zafer, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 4. Baskı, İstanbul 1980, s. 307; Kapani, 1993, s. 217; Akbulut, 1991, s. 70.

⁶⁷⁸ SAĞLAM, Fazıl, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, AÜSBFY, Ankara 1982, s. 18.

en önemlisi; özgürlükler çerçevesinde toplumsal hayatın temellerini düzenleyen kuralları ihdas edip bunlara uyulmasını denetlemektir. Düzenleme ise toplumsal yaşama ait düzensiz ve belirsiz bir alanı hukukun biçimsel kalıpları içine almak demektir.⁶⁷⁹ Bu süreç beraberinde doğal olarak sınırlanma olgusunu getirmektedir. Ayrıca, bir insan hakkını düzenleyerek temel hak ve özgürlük haline getirmek, söz konusu hakka devlet güvencesi-desteği sağlamak anlamına gelmektedir.⁶⁸⁰ Başka bir ifadeyle, derecesi ilgili hakka göre değişmekle birlikte devlet tanımış olduğu herhangi bir hak bakımından belli bir sorumluluk altına girmektedir. Sınırlama kavramı olumsuz bir anlamı çağrıştırıyor olmakla birlikte devletin sorumlu olacağı bir olgu bakımından bunun sınır ve koşullarını belirlemesi, bir yetki olmanın ötesinde aynı zamanda hukuksal bir gerekliliktir. Dolayısıyla tüm bunlar bir arada düşünüldüğünde her düzenleme böyle bir amaç taşımasa hatta özellikle istenmese dahi bir sınırlamayı yaratmış olmaktadır.

Diğer taraftan başka bir görüşte ise, bir temel hak ve özgürlüğü düzenleyen normun sınırlama getirip getirmediğinin, ancak onun içeriğinin değerlendirilmesi suretiyle anlaşılacağı belirtilmektedir. Eğer düzenleme, belli bir hak ve özgürlüğün güvence altına aldığı yaşam alanını, yani norm alanını daraltma sonucunu doğuruyorsa, bu bir sınırlamadır. Ancak ilgili hak ve özgürlüğü güçlendirip onun daha kolay ve özüne uygun bir şekilde daha etkin kullanımını sağlıyorsa bu bir sınırlama değildir. Dolayısıyla kanun koyucunun hak ve özgürlükler alanında yapacağı her sınırlama bir düzenlemedir ancak her düzenleme bir sınırlama değildir.⁶⁸¹ Normun içeriğinin değerlendirilmesinin uygun olmayacağını savunan başka bir görüşe göre, düzenleme-sınırlama ayrımı teorik olmaktan daha çok bir uygulama sorunudur. Bir hak ve özgürlüğün norm alanının anayasal çerçevede yeniden çizilmesi girişiminin bir düzenleme mi yoksa bir sınırlama mı olduğunun tespiti çoğunlukla anayasa mahkemelerinin görevidir. Dolayısıyla bu sorun yargısal bir konudur. Uygulamada da her düzenlemenin mutlaka bir sınırlama içermediği görülmektedir. Nitekim AYM'nin zorunlu temel eğitimin sekiz yıla çıkarılmasıyla

⁶⁷⁹ Hukuksal formalizm hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. IŞIKTAÇ, Yasemin, Hukuk Normunun Mantıksal Analiz Ve Uygulaması, Filiz Kitabevi, 2. Baskı, İstanbul 2004, s. 19-22.

⁶⁸⁰ Benzer yöndeki görüşler için bkz. GÖREN, Zafer, Anayasa ve Sorumluluk, DEÜHFY, Ankara 1992, s. 14.

⁶⁸¹ Sağlam, 1982, s. 21.

ilgili kararında,⁶⁸² dava konusu olan ve zorunlu eğitimin süresini sekiz yıla çıkaran düzenlemenin eğitim ve öğretim haklarıyla ilgili bir sınırlama içermediği, tam tersine bireylerin söz konusu haktan daha kapsamlı yararlanmalarını sağlayan imkânların düzenlendiği; bu nedenle de sınırlamanın hüküm altına alındığı Anayasanın 13. maddesinin uygulama alanı bulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak, söz konusu görüşleri savunanlar da aslında bunu tespit etmenin her zaman çok kolay olmadığını ifade etmektedirler.⁶⁸³

Devlet, insan haklarını başta anayasal düzeyde olmak üzere tüm hukuk düzeni ile tanımakla aslında onu hukuk sisteminin bir unsuru haline getirmiş olmaktadır. Hak ve özgürlükler anayasal devlet bakımından hukuk sisteminin tamamlayıcısı ya da herhangi bir unsuru olmayıp sistemin temelini-referansını oluşturmaktadır. Böylelikle sisteme dahil olan tüm kurum ve normların içeriği ve işleyişi özgürlükler çerçevesinde belirlenerek özgürlükler tüm toplumsal yaşam katmanları bakımından yaşanabilir olmaktadır.

İnsan hakları devletten önce de var olan haklardır. Öncesinde de belirtildiği üzere bunların devletin hukuk sistemi tarafından değişik düzey ve şekillerde tanınıp düzenlenmesi insan haklarına devlet güvencesi sağlamak anlamına gelir. Böylelikle söz konusu güvence ile hak talebi ve mücadelesiyle bir hukuk öncesi oluşum sürecinden geçen⁶⁸⁴ insan onuruna dayanan haklar, norm öncesi durumdan norm aşamasına geçmiş olmakta, devlet temel haklara hem kendisi hem de diğer bireyler açısından bağlayıcılık kazandırmış olmaktadır. Doğal hukuk çerçevesinde sadece ahlaken bağlayıcı gücü olan insan hakları, tanıma ile pozitif hukukun bir parçası haline gelerek hukuken de bağlayıcı bir güce kavuşmuş olmaktadır.⁶⁸⁵

Hemen belirtmelidir ki kanaatimizce, anayasal devlet bakımından anayasal düzeyde tanıma esastır. İnsan haklarının asli ya da tali kurucu iktidar tarafından bir hukuk normu haline getirilerek temel hak ve özgürlükler haline dönüştürülmesi; onlara devletin yapısal ilkeleri arasında yer verilerek hak ve özgürlüklerin devletin davranışlarına yön veren bir değerler manzumesi konumuna getirilmiş olması

⁶⁸² 1997/62 E, 1998/52 K, 16.09.1998. AMKD, Sy.36, C.I, 2001, s. 198 vd.

⁶⁸³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Sağlam, 1982, s. 23.

⁶⁸⁴ Sancar, 2000 (h), s. 115.

⁶⁸⁵ EREN, Abdurrahman, Türkiye’de İnsan Haklarının Korunması Uluslararası Koruma Mekanizmaları ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü, Turhan Kitapevi, Ankara 2007, s. 95.

sonucunu doğurur. Kanunlar, ancak bu alandaki ayrıntılarla ilgili düzenlemeyi yapmalıdır. Her ne kadar herhangi bir kanun anayasal düzenleme konusu yapılmamış bir hakkı tanıması, anayasaya aykırılık oluşturmuyor olsa bile gerek anayasal devletin felsefesini yansıtmak gerekse kanunların bir gecede değişme ihtimalinin olması bakımından tanımanın, anayasal düzeyde olması çok önemli bir hassasiyeti oluşturmaktadır.

Böylelikle haklar, sadece insanlara bir takım hak sağlayan kurallar olma durumunu aşarak kanunlar ve diğer alt derecedeki hukuksal düzenlemeler ile yürütme ve yargı organlarının tüm eylem ve işlemleri karşısında ‘yüksek dereceli normlar’ niteliğini de kazanmış olurlar.⁶⁸⁶ Başka bir ifadeyle, anayasa hukuku dışındaki tüm hukuk düzeni ve ona dayalı olarak ortaya çıkan tüm tasarruflar, anayasanın bağlayıcı ve üstün bir hukuk metni olması dolayısıyla anayasanın en önemli parçasını oluşturan insan hakları düzenlemeleri ile bağdaşır olmadığı sürece anayasaya aykırıdır ve kural olarak geçerli değildir.⁶⁸⁷ Ayrıca anayasal düzenleme, insan haklarını gerçekleştirmek konusunda devlete somut adımlar atma görevi vermek; devletin söz konusu hakları ihlal etme imkânlarını ortadan kaldırmak yani ona yasak getirmek sonuçlarını da doğurmaktadır.⁶⁸⁸ Başka bir ifadeyle, anayasal düzenleme, hakların başta çekirdek (öz) kısımlarını belirtip tanımlamak ve sınırlarını ortaya koymak suretiyle güvence altına alıp güçlendirmiş olmayı sağlamaktadır.

Diğer taraftan tanımanın hukuki etkisi birey ve devlet açısından farklı nitelikler taşımaktadır. Birey açısından tanıma, ‘kurucu’ olmayıp ‘açıklayıcı’, ‘bildirici’ bir nitelik taşımaktadır. Başka bir ifadeyle, bireyin sahip olduğu haklar devletin tanımasına bağlı değildir.⁶⁸⁹ Konuya anayasa yapım süreci açısından bakıldığında insan hakları, düzenlenmeyi bekleyen ve kurucu iktidarların görmezden gelemeyeceği potansiyel bir güç olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasal devlete ait anayasanın anlamı dikkatte alındığında da kurucu iktidarların insan haklarını tanıyıp tanımadığı konusunda çok da serbest olmadıkları görülecektir.⁶⁹⁰ Dolayısıyla tanıma

⁶⁸⁶ Zafer, 2000 (a), s. 3.

⁶⁸⁷ SABUNCU, Yavuz, Anayasaya Giriş, İmaj Yayınevi, 7. Baskı, Ankara 2001, s. 39.

⁶⁸⁸ Sancar, 2000 (g), s. 138.

⁶⁸⁹ Eren, 2007, s. 96.

⁶⁹⁰ Sancar, 2000 (h), s. 118.

birey bakımından insan haklarına varlık kazandırmamakta; sadece var olan insan haklarını kendisi bakımından bağlayıcı kılarak, insan hakları alanında devletin ve diğer bireylerin sorumluluk alanını belirlemektedir.⁶⁹¹ Böylelikle o hakka özel bir koruma sağlanmış olmaktadır. Hukukça tanınarak temel hak ve özgürlük niteliği kazanmış olan bir insan hakkı, tanınmamış olana göre daha güvenceli olup bu hak daha etkili bir şekilde korunur hale gelmiş olur.⁶⁹² Tanıma, devlet açısından ise kurucu bir nitelik taşımaktadır. Devlet, gerek ulusal gerekse uluslararası hukuk düzeyinde bir insan hakkını tanımış olmakla aslında, o hakkı tüm eylem ve işlemlerinde esas alacağını taahhüt ederek kendisi için bağlayıcı hale getirmiş olmaktadır.⁶⁹³

Tanıma ve tanımlama anayasanın faaliyet alanıdır; kanun ancak bu alandaki boşluğu dolduracaktır.⁶⁹⁴ Düzenleme, hakların bir üst hukuk normunca tanınması ve kullanma biçimlerinin kanun tarafından belirtilmesini de ifade etmektedir.⁶⁹⁵ Hakkın sınırları, kanun tarafından belirlenmektedir. 1789'dan bu yana temel hak ve özgürlükleri düzenleme yetkisi yasama organına bırakılmıştır. Her düzenleme aslında bir sınırlama da olduğuna göre özgürlüğün asgari güvencesini teşkil eden kanun, bunun yok edilmesinin aracı olamaz. Bu nedenle ancak ve ancak kanunla düzenleme yoluna gidilmelidir.⁶⁹⁶ Kanunun altında yer alan diğer hukuk normları hak ve özgürlükleri yalnızca bazı noktalarda açıklığa kavuşturur. Bu çerçevede kendisine düzenleme yetkisi tanınmamış olan idari makamlar, sadece hak ve özgürlüklerin kullanılması için kendilerinin görev alanına giren eylem ve işlemleri yerine getirmek yetkisine sahiptirler.⁶⁹⁷ Diğer taraftan, anayasal devlet bakımından ideal-olağan bir yol olmamakla birlikte teorik olarak bir hak ve özgürlüğün yargısal faaliyet yoluyla tanınmasına bir engel yoktur ve uygulamada da görülmektedir. Örneğin Amerikan Yüksek Mahkemesi bir hukuki uyuşmazlığı çözerken, genellikle yorum yoluyla bir hak ve özgürlüğün varlığını ortaya koyma yetkisine sahiptir ve bu yetkisini zaman zaman kullanmaktadır. Herhangi bir hak ve özgürlük anayasanın herhangi bir

⁶⁹¹ Eren, 2007, s. 96.

⁶⁹² GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C.II, Ekin Yayınevi, Bursa 2011, s. 518.

⁶⁹³ Eren, 2007, s. 96.

⁶⁹⁴ Akad/Dinçkol, 2009, s. 286.

⁶⁹⁵ Kaboğlu, 1989, s. 113.

⁶⁹⁶ Tunaya, 1980, s. 218.

⁶⁹⁷ Kaboğlu, 1989, s. 115.

hükmünden açıkça anlaşılamaması nedeniyle hukuk düzeninde yok kabul edilirken yargısal faaliyet sonucu ortaya çıkan yorumla varlığı kabul edilmektedir.⁶⁹⁸

AYM de, programında Anayasada tanınmamış bir hak olan direnme hakkına yer veren Sosyalist Parti aleyhine açılan kapatma davasında, 1776 tarihli Virginia Haklar Bildirgesi, 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi gibi insan haklarına ilişkin çeşitli bildirilere ve Alman Anayasasının 20. maddesine atıfta bulunarak söz konusu kavramı bireysel özgürlükler bakımından önemli bulmuş; *'...direnme hakkı bireysel özgürlüklerle ilgilidir. Bu hak, bir sınıfın diğerleri üzerinde egemenliğini sağlamasının yolu biçiminde yorumlanarak parti kapatılamaz.'* diyerek parti kapatma istemini reddetmiştir.⁶⁹⁹

Bu nedenle anayasal devletlerde, başta anayasa yargısı olmak üzere yargı çok önemli bir yere sahiptir. Böylelikle devlet, insan olmak nedeniyle dokunulamaz haklara sahip olan kişilerin iradelerinden türeyen bir varlık olarak meşruluk kazanmış olmaktadır.⁷⁰⁰ Nitekim AYM de, yukarıda ifade edilen kararında, direnme hakkının anayasa hukukuna yabancı bir kavram olmadığını belirterek, kanaatimizce Anayasada düzenlenmeyen bir hakkın varlığını dolaylı olarak kabul etmiş; yasama organına bir tür işaret fişegi yakmıştır. TBMM'ye düşen, bunun izlerini takip ederek konuyu anayasal olarak düzenlemektir. Yasama organının gerek işleyişindeki çeşitli güçlükler gerekse toplumsal değişim ve gelişimi yeterince kavrayamaması gibi bir takım nedenlerden dolayı yargı organları, AYM'nin söz konusu kararında olduğu gibi hak ve özgürlükler lehinde ortaya koyacakları içtihatlar ile anayasa koyucuya yol gösterici olmalıdır. Diğer taraftan, her ne kadar TBMM, AYM kararından esinlenerek bir hak düzenlemesi yapma yoluna gitmemişse de Yüksek Mahkeme, parti programında bu hakka yer vermiş olmayı davalı parti aleyhine yorumlamayarak siyasi parti özgürlüğünün hayata geçmesine önemli bir katkıda bulunmuştur.

⁶⁹⁸ Akbulut, 1991, s. 74.

⁶⁹⁹ 1988/1 E, 1988/2 K, 08.12.1989, AMKD, Sy.21,1989, s. 601.

⁷⁰⁰ KALABALIK, Halil, İnsan Hakları Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 36.

2. Düzenleme Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması

Temel hak ve özgürlüklerin düzenlenmesinin aynı zamanda bir sınırlama olduğunun doktrinde, ağırlıklı olarak kabul edildiği yukarıda belirtilmişti. Anayasal devletin temel hak ve özgürlükler düzeni açısından önemli olan ise soyut bir kavram olan insan haklarının hayata geçirilme sürecinde hak ve özgürlüklerin sınırlanma neden, yöntem ve ölçütlerinin kanunlarda değil, anayasalarda düzenlenmesidir.

Doğal hukuk düşüncesi ve onun temelinde yer alan bireycilik anlayışında, temel hak ve özgürlükler sınırsız olup mutlak niteliktedirler. Temel hak ve özgürlüklerin içeriği onu kullanan tarafından belirlenebilir bir özelliğe sahiptir. Devleti, kendisinden önce de var olan bir takım özgürlüklere sahip bireyler meydana getirmiştir. Devletin en önemli görevi, bu özgürlükleri sağlayıp korumaktır. Bu, onun meşruluğunun temel şartıdır. Aksi halde, bireylerin devlete itaat sorumluluğu ortadan kalkar. İlk kez 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesiyle hukuksal bir metinde yer alan bu anlayışta birey, kendi oluşturmuş olduğu devlet karşısında sınırsız özgürlüğe sahip bir varlık olarak görülmektedir ve özgürlüğün tek sınırı, başkalarının özgürlüğüdür.⁷⁰¹

Zaman içerisinde özgürlükler söz konusu bireyci anlayıştan uzaklaşarak, toplumsal yaşama uygun hale getirilmeye başlanmışlardır. Mutlak ve sınırsız bir özgürlüğün zaman zaman kötüye kullanılabilceği, bir insanın başkasının özgürlük alanına müdahale etmeksizin de sahip olduğu özgürlüğü toplum aleyhine kullanabileceği anlaşılmıştır. Toplumun ortak yararını korumak için, bireylerin özgürlüklerini ‘kardeşçe’ ve birlikte kullanmaları düşüncesi 1848 Devrimi ile ortaya çıkmış; her geçen gün de gelişmiştir.⁷⁰² Devletin ve toplumun var olup sürekliliğinin

⁷⁰¹ Benzer yöndeki görüşler için bkz. HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, “ *Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları*”, AÜSBFD, Sy.57/2, 2002, s. 19; Sağlam, 1982, s. 129.

⁷⁰² AKIN, İlhan, Kamu Hukuku, İÜHFY, 2. Baskı, İstanbul 1979, s. 391.

sağlanabilmesi için, hak ve özgürlüklerin sınırlanması⁷⁰³ kaçınılmaz bir zorunluluktur. Özgürlüğü yok etme özgürlüğünü tanıyan en geniş özgürlük anlayışına sahip olan devletlerde bile özgürlüklerin sınırlanması yoluna gidilmiştir.⁷⁰⁴ Diğer taraftan temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması dendiğinde hemen akla olağanüstü dönemler de gelmemelidir. Olağanüstü hal ilanını gerektirecek ağırlıkta

⁷⁰³ Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması kavramı, hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması, durdurulması, sınırlılığı ve yasaklanması kavramlarından farklıdır. Sınırlama, bir temel hak ve özgürlüğün norm alanını belirlerken, temel hak ve özgürlüğün kötüye kullanılması, sınırları çizilerek belirlenen bu norm alanı içinde, hakkın meşru bir amaç dışında ve başkalarına zarar verecek bir şekilde kullanılması demektir. EREN, Abdurrahman, *Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri*, Beta Yayınevi, İstanbul 2004, s. 23; Durdurma ile sınırlama arasındaki fark ise, yetkinin temel hak ve özgürlükler üzerindeki etkisi, genişliği yönünden ortaya çıkmaktadır. AKILLIOĞLU, Tekin, “*Temel Hakların Durdurulması*”, İçinde: Bahri SAVCI’YA Armağan, MBVY, Ankara 1988, s. 58; Durdurma, temel hak ve özgürlüğü ortadan kaldırma ya da kullanılamaz hale getirme amacı taşımaksızın, sadece olağanüstü hale neden olan durumlara özgü olmak üzere hak kullanımını geçici olarak ertelemek anlamındadır. ÇELİK, Cemil, *Olağanüstü Hal ve Temel Hak ve Hürriyetler*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 87; Sınırlama sonucunda belli bir temel hak ve özgürlüğün norm alanı daralmaktayken; durdurmada, ilgili hakkın kullanılmaması gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Akıllıoğlu, 1988, s. 58; Belli bir süre için askıya alınan hak bu süre içinde sahibi tarafından kullanılamamakla birlikte yok olmamakta, sürenin bitiminde durdurmaya konu olan temel hak ve özgürlük anayasal-yasal sınırları içinde tekrar kullanılabilir hale gelmektedir. Sınırlandırmada sadece hakkın kapsamı daralmıştır ancak hak sahibinin hakkını, sınırlı da olsa bu kapsam içinde kullanmasına herhangi bir engel yoktur. Ancak, durdurmada, hakkın kapsamına ya da norm alanına bir müdahale söz konusu olmayıp kişi mevcut kapsam içinde dahi hakkını kullanamamaktadır. ERDOĞAN, Mustafa, *Anayasa Hukuku*, Orion Kitapevi Yayınları, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 2005, s. 192; Durdurmada, olağanüstü bir yetki artması boyutunda olmamakla birlikte idarenin yetkileri normal zamana göre artış göstermektedir. Küçük bir artış bile temel hak ve özgürlüklerin durdurulmuş sayılması için yeterlidir. Bu durum, normal zamanlarda öze dokunma niteliğinde bir müdahale iken olağanüstü hallerde buna neden olaylardan dolayı söz konusu artışa izin verilmekte, kısaca istisna olarak değerlendirilmektedir. Akıllıoğlu, 1988, s. 59; Bütün bu nedenlerle ‘sınırlama’ ve ‘durdurma’ birbirinden farklı kavramlardır. Diğer taraftan herhangi bir temel hak ve özgürlüğe ilişkin anayasa ya da ilgili kanunda herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa bile o hak ve özgürlüğün kendi doğasından kaynaklanan bir takım sınırları vardır. İşte temel hak ve özgürlüklerin kendi yapılarından kaynaklanan bu sınırlar onların ‘sınırlı’ niteliklerini karşımıza çıkarmaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlılığı, sınırlamadan farklı olarak anayasa ya da kanunda belirtilen genel ya da özel sınırlama nedenine dayanmamaktadır. Sınırlılık, o hak ve özgürlüğe dışarıdan sokulmaya çalışılan bir kısıtlama değil, bizatihi o hakkın yapısından kaynaklanan, eşyanın doğasında var olan bir durumdur. Hakyemez, 2002, s. 22; Bu, özgürlüğün objektif (nesnel) sınırı olarak ifade edilmektedir. Kanunla yapılan sınırlamada belli bir hakkın norm alanına dışarıdan müdahale etmek suretiyle söz konusu alan belirtilen nedenlere dayalı olarak daraltılmaktadır. Bu nedenle de kurucu bir niteliğe sahiptir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlılığı ise onların kendi yapılarından kaynaklandığı için bunun anayasa ya da kanunda belirtilmesinin herhangi bir önemi yoktur. Çünkü bunlar, hukuksal metinlerde yer almaları gerekmeksizin sonuçlarını kendiliklerinden doğurmaktadırlar. Bu nedenle de kurucu bir niteliğe sahip olmayıp açıklayıcıdır. Hakyemez, 2002, s. 22; FENDOĞLU H.Tahsin, “*2001 Anayasa Değişiklikleri Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (AY.md.13)*”, AYD, Sy.19, 2002, s. 190; Bu tür sınırlılıklara örnek olarak, toplantı ve gösteri özgürlüğünün silahsız ve saldırsız; hak arama özgürlüğünün meşru vasıta ve yollardan faydalananarak olma zorunluluğu verilebilir. GÖREN, Zafer, *Temel Hak Genel Teorisi*, DEÜHFY, 4. Baskı, İzmir 2000, s. 100.

⁷⁰⁴ Kapani, 1993, s. 228.

durumlar olmadan da sınırlama mümkündür. Ancak bu dönemlerdeki sınırlamanın olağan dönemlere oranla daha katı olacağı muhakkaktır.⁷⁰⁵

a. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Yöntem ve Güvenceler

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması konusu, gerek iç hukukta gerekse uluslararası insan hakları hukukunda önemli bir yere sahip olup özellikle de AİHM'ye Türkiye aleyhine yapılan başvuruların ağırlıklı bir kısmını teşkil etmektedir. Bu nedenle, öncesinde de belirtildiği üzere temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında başvuru yöntemi ve güvenceler anayasal devlet bakımından oldukça önemlidir. Kanunla sınırlama, temel yöntem iken, ölçülülük, öze dokunma yasağı ve demokratik toplum düzeninin gerekleri önemli güvenceleri oluşturmaktadır. Ayrıca olağanüstü yönetim hallerinde temel hak ve özgürlüklere ilişkin farklı uygulamaların anayasal düzeyde ele alınması diğer bir güvenceyi oluşturmaktadır.

a.1. Yöntem (Kanunla Sınırlama)

Anayasal devletlerde öteden beri genel kabul gören yöntem, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının yasama organı tarafından ve ancak kanunla⁷⁰⁶ yapılmasıdır. Aynı husus uluslararası insan hakları sözleşmelerinde de güvence altına alınmıştır.⁷⁰⁷ Hemen belirtmelidir ki, burada geçen kanun şekli anlamda bir

⁷⁰⁵ Çelik, 2010, s. 69.

⁷⁰⁶ Kanun kavramı ile ilgili olarak maddi ve şekli kanun anlayışları, Anayasa Hukukundaki tartışma konularından birini oluşturmaktadır. Maddi anlamda kanun anlayışı, kanunun içeriğinin ne olduğuyla ilgili bir değerlendirmeyi ifade etmektedir. Herhangi bir metin veya hüküm, genel, soyut ve kişisel olmayan bir içerikte ise, bu maddi anlamda bir kanundur. Aksi halde kanun değil idari bir işlem söz konusudur. Şekli kanun anlayışında ise, kanunun içeriği ve kapsamı önemli değildir. Yasama organınca kanun yapma usul ve esaslarına uygun olarak alınan her türlü karar kanundur. Ayrıntılı bilgi için bkz. TEZİÇ, Erdoğan, Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İÜHFY, İstanbul 1972, s. 33-39.

⁷⁰⁷ Örneğin AİHS, birçok maddesinde kanunilik (yasallık) ilkesine atıfta bulunarak Sözleşmede öngörülen hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğini belirtmektedir. Sözleşmenin 8-11’inci maddeleri arasında düzenlenmiş olan, düşünce ve ifade özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü, özel hayat, aile hayatı ve haberleşme özgürlüğünün gizliliği gibi temel hak ve özgürlüklerin,

kanundur. Anayasalarda ‘kanunda gösterilen’, ‘kanunda belirtilen’, ‘kanunun açıkça gösterdiği hallerde’, ‘kanunda düzenlenen’ şeklindeki ifade biçimleri sınırlamanın şekli kanunlarla yapılması gerektiğine işaret etmektedir. Aksine bir kanun anlayışı, yürütme ve idarenin başvurma yetkisine sahip olduğu başta tüzük ve yönetmelikler olmak üzere diğer hukuksal araçlarla temel hak ve özgürlükleri sınırlaması anlamına gelir ki bu durumun anayasal devletle bağdaşır bir yönü olamaz.⁷⁰⁸

1789 Bildirgesi özgürlüğü tanımlayıp hangi amaçlarla sınırlanabileceğini belirttikten sonra, bu sınırlamanın ancak kanunla olacağını hüküm altına almıştır. Bu husus, karşılaştırmalı insan hakları hukukunda ve sözleşmelerdeki en önemli ilkelerden biridir ve ‘*sınırlamada araç tekliği ilkesi*’ olarak anılmaktadır.⁷⁰⁹

Ancak hemen belirtmelidir ki AIHM, Sözleşme’de geçen kanun terimini geniş yorumlamakta, maddi ya da şekli anlamda bir kanunla temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar getirmenin taraf devletlerin hukuk sistemlerine göre değişebileceğini belirtmektedir. Mahkemeye göre önemli olan; temel hak ve özgürlüklere sınırlamalar getiren kanunun şekli yada maddi anlamda olması değil, bunların herkesçe ulaşılabilir ve anlaşılabilir nitelikte olmasıdır.⁷¹⁰ Kanaatimizce Mahkeme kararında⁷¹¹ geçen, “*CommonLaw tarafından düzenlenen bir yasağın mevzuat biçiminde düzenlenmediği gerekçesiyle hukukun öngörmediği bir yasak olarak kabul etmek... taraf devletlerin hukuk sistemini sarsacaktır.*” ifadesinden söz konusu serbestinin, sadece CommonLaw hukuk sistemine dahil olan ülkeler bakımından geçerli olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Mahkeme aslında bunun bir zorunluluktan kaynaklandığını da dolaylı olarak ifade etmektedir. Ortak bir Avrupa kamu hukuku anlayışı oluşturarak temel hak ve özgürlüklere asgari bir güvence ve standart getirmek amacıyla olan Sözleşme ve onu hayata geçiren Mahkeme’nin sınırlama gibi önemli bir konuda yürütme ve idarenin söz sahibi olmasına göz yumduğu düşünülemez. Kara Avrupa’sı hukuk sistemine dahil olan ülkeler bakımından temel hak ve özgürlüklere sınırlamalar getiren kanunların,

kanunlarda belirtilen yöntem ve şartlarda ve yine ancak kanunla sınırlanabileceği açıkça hüküm altına alınmıştır.

⁷⁰⁸ Benzer yöndeki görüşler için bkz. Teziç, 1972, s. 39.

⁷⁰⁹ DERDİMAN, R. Cengiz, Anayasa Hukukun Genel Esasları ve Türk Anayasa Düzeni, Alfa Yayınları, 2006, s. 201.

⁷¹⁰ Sunday Times/Birleşik Krallık, 6538/74, 26.04.1979. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=32>. e.t: 11.10.2013

⁷¹¹ Sunday Times/Birleşik Krallık, 6538/74, 26.04.1979. e.t: 11.10.2013

yasama organının iradesini temsil eden şekli anlamda kanunlar olması anayasal devlet bakımından oldukça önemlidir.⁷¹²

Türk hukukunda gerek 1961 gerekse 1982 Anayasalarında aynı husus, ‘ancak’ kelimesi ile vurgulanmış; araç tekliği ilkesi kabul edilmiştir. Benzer şekilde Alman Anayasası’nda da, temel hakların kanundan başka bir düzenleme ile sınırlandırmasının mümkün olamayacağını öngören hüküm bulunmaktadır.⁷¹³ Kanunla sınırlama, kanunun yasama organında açık görüşme ve tartışma yöntemiyle hazırlanıp bu çerçevede de hakkın sınırlandırmasının kamuoyu denetiminde olmasını sağlamaktadır.⁷¹⁴ Kanun herkes için geçerli olacak genel kurallar koymak suretiyle bazı kişi ya da gruplar hedef alınarak yasama tasarrufu şeklinde beliren kamu gücünün, belli amaçlar doğrultusunda kullanılmasını önlenmekte ve bu nedenlerle önemli güvenceler sağlamaktadır. Böylelikle, gerek temel hak ve özgürlüklerin düzenlenme aşamasında başta çekirdek (öz) kısımları olmak üzere somut özelliklerinin belirlenmesi gerekse bunların sınırlandırması yetkisi, idarenin değil münhasıran yasama organının kullanmış olduğu bir yetki olmaktadır. Böylelikle yürütme organı ve idarenin faaliyetleri, genel, objektif ve gayri şahsi kanunlarla denetim altına alınmış, temel hak ve özgürlüklere keyfi müdahale riski ortadan kaldırılmıştır.

Ancak bütün bunlara rağmen bazı anayasaların, çeşitli istisnalar getirerek temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sonucunu doğuran kanun dışındaki bir kısım düzenleyici işlemlere izin verdiği görülmektedir. Örneğin Fransız Anayasası’nın 34. maddesinde medeni haklar ve kamusal özgürlüklere ilişkin düzenlemelerin kanun konusu olduğu ifade edilmiş; ancak hak ve özgürlüklerle ilgili herhangi bir istisnaya

⁷¹² Aksi yönde görüş için bkz. ÜNAL, Şeref, “*Anayasa Hukuku ve Milletlerarası Sözleşmeler Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanması*”, AYD, Sy.11, 1994, s. 50-49.

⁷¹³ Alman Anayasası’nın temel haklarla ilgili bölümünde sınırlama bakımından kanunun tekliği ilkesi çeşitli hak ve özgürlükler bakımından belirtildikten sonra genel sınırlama maddesi olarak nitelenecek 19. maddesinde de söz konusu ilkeden dolayı olarak bahsedilmiştir.

Bkz.<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20209-276.pdf>, s. 217-213. e.t: 11.10.2013TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu taslağının konuyu düzenleyen 41. maddesinde de ‘ancak’ ibaresi bulunmaktadır. TBMM’de grubu bulunan siyasi partilerin konuyla ilgili önerileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Barın, 2014, s. 30-32.

⁷¹⁴ Kapani, 1993, s. 230.

yer verilmeksizin 38. maddesinde kanun konusu olması gereken bir takım önlemlerin kararname ile alınabileceği belirtilerek dolaylı da olsa söz konusu izin verilmiştir.⁷¹⁵

Türk hukukunda da 1982 Anayasası'nın ortaya koymuş olduğu sistemde de, olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlüklere kanun hükmünde kararnameler (KHK) ile bir takım sınırlamalar getirilebilmekte, hatta bazı anayasal güvenceler ortadan kaldırılabilmektedir. (md.15;91/1;121/2;122) Doktrinde, günümüzün sosyal gerçekleri karşısında, temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabilmesi kuralının çok dar yorumlanmaması gerektiği, söz konusu kuralın, kanunun verdiği yetki ve çizdiği çerçeve içinde kalmak şartıyla gerektiğinde KHK, tüzük gibi kanun dışındaki diğer düzenleyici işlemlerle sınırlamanın yapılmasına imkân verecek şekilde anlaşılıp uygulanması gerektiği belirtilmektedir.⁷¹⁶ Kanaatimizce 'ancak kanunla sınırlanabilir' ibaresinin bulunduğu anayasal sistemimizde bu mümkün olmamalıdır. Anayasa koyucu söz konusu bu tartışmaların önüne geçmek için 'ancak' ibaresini ekleyerek kanunla sınırlamanın mutlak nitelikte olduğunu ortaya koymak istemiştir. Anayasal devlet; temel hak ve özgürlüklere en üst düzeyde güvenceler sağlamak zorunda olan devlet demek olduğuna göre anayasal devletlerde sınırlama, sahip olduğu niteliklerden dolayı ancak ve ancak kanunla yapılmalıdır.

Diğer taraftan, temel hak ve özgürlükler bazen doğrudan anayasanın ilgili maddesinde de sınırlama getirilebilir. Bu türlü haklara '*kayıtlı haklar*'⁷¹⁷ adı verilmekteyken anayasanın, kanun koyucuya yetki vermesiyle, kanunla sınırlanabilen haklara ise, '*kanun-kayıtlı*' haklar denmektedir. Kanun kayıtlı haklar, kanun koyucuya tanınan yetkinin bir nedene dayanıp dayanmamasına göre, nedenli yada nitelikli kanun kaydı ve niteliksiz (basit) kanun kaydı olarak ikiye ayrılmaktadır.⁷¹⁸ Basit kanun kayıtlı haklarda, temel hak ve özgürlüğe müdahale eden kanunda özel bir durumun ortaya çıkması istenmezken nitelikli kanun kayıtlı haklarda bu istek söz konusu olup, kanunun belli şartlara dayanması, belli amaçlara hizmet etmesi veya

⁷¹⁵ Fransız Anayasası'nın Türkçe çevirisi için bkz.

<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/07-FRANSA%20169-208.pdf>, s.181-183. e.t: 10.04.2014

⁷¹⁶ Kapani, 1993, s. 232.

⁷¹⁷ Doktrinde, 'kayıtlı' kelimesi yerine 'sınırlı' ifadesi de kullanılmaktadır. Bkz. GÖREN, Zafer, Temel Hak Genel Teorisi, DEÜHFY, 4. Baskı, İzmir 2000, s. 98.

⁷¹⁸ YOKUŞ, Sevtap, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve 1982 Anayasası'nda Hak Ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002, s. 67.

belli araçları kullanması istenmektedir.⁷¹⁹ Örneğin 1982 Anayasasının ‘Düşünceyi Açıklama ve Yayma hürriyetinin’ düzenlendiği 26. maddesine göre, ifade özgürlüğü, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir. Görüldüğü üzere Anayasa, kanun koyucudan belli isteklerde bulunmakta, sınırlamanın belli amaçlara hizmet etmesi gerektiğini belirtmektedir.

Sınırlandırılması mümkün olan hak ve özgürlüklerin hangi gerekçelere dayanarak sınırlandırılacağını öngören özel sınırlama nedenlerinin anayasada yer alması ve çekirdek (öz) kısımları belirtilerek özgürlüklerin nereye kadar sınırlandırılabileceğinin ortaya konulması, sadece genel sınırlama nedenlerinin öngörüldüğü anayasal sistemlere göre çok daha güvenceli bir temel hak ve özgürlükler düzeni yaratmaktadır. Bu husus, özgürlüğe göre değişen bir sınırlama sistemini ifade etmektedir. Aksine bir durum ise, genel sınırlama sistemi anlamına gelmektedir. Sınırlamanın farklılaşması ve sınırlama ihtiyacının farklı ve kademeli bir nitelik kazanması, her bir temel hak ve özgürlüğün farklı bir nesnel yaşam alanını koruyor olmasından kaynaklanmaktadır. Bu farklılık, siyasal, sosyo-ekonomik, kültürel ve tarihsel nedenlere dayanmaktadır.⁷²⁰ Türk Hukukunda genel sınırlama sistemine 1971 Anayasa değişiklikleriyle geçilmiş; benzer niteliğe sahip 1982 Anayasasından sonra da 2001 yılına kadar varlığını devam ettiren söz konusu sınırlama sistemi, insan haklarının hukuk sisteminde sahip olduğu güvence açısından yoğun eleştiri ve tartışmaların yaşanmasına neden olmuştur.⁷²¹

⁷¹⁹ Gören, 2000 (a), s. 99.

⁷²⁰ SAĞLAM, Fazıl, “*Türk Anayasası Açısından Temel Hakların ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlandırılması*”, İçinde: Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Hukuku 1. Uluslararası Sempozyumu, 2003, s. 163.

⁷²¹ Doktrinde genel sınırlama sebebi olarak ifade edilen maddenin genel bir sınırlama sebebi olmadığı, aksine bir değerlendirmenin özgürlüklerle ilgili özel sınırlama nedenlerini gösteren Anayasa hükümlerinin değerinin hiçleştirilmesi anlamına geleceği belirtilmektedir. Konuyla ilgili şu görüşlere yer verilmiştir: “11.maddenin 1. fıkrasında gösterilen sebepler ‘genel sınırlama sebepleri’ sayılıp, bütün hak ve hürriyetler için geçerli olacaklarından, hak ve hürriyetlerle ilgili özel sınırlama sebeplerinin yine Anayasa tarafından ilgili özel maddelerinde gösterilmiş olmasının hiçbir anlamı kalmayacak demektir. Eleştirilen görüş, ‘Anayasa neden bir çok hak ve hürriyetle ilgili özel sınırlama

Bu nedenle sınırlı bir özgürlük anlayışının hakim olduğu anayasalarda bile özel sınırlama nedenlerine yer verilerek bu şekilde ortaya çıkan kademeli ve farklılaşmış sınırlama sistemi tercih edilmelidir.⁷²²

Son olarak, anayasada sınırlamaya yönelik hiçbir ibare içermeyen hak ve özgürlüklerle ilgili olarak doktrinde ortaya atılan, ‘sınırlamasız temel haklar için yazılı olmayan sınırlar’(anayasa içeriksel sınırlama) kavramına değinmek uygun olacaktır. AAM’ye ve Alman doktrinindeki ağırlıklı görüşe göre, temel hak ve özgürlükler sadece düzenlendikleri maddelerde sınırlanmazlar. Temel hak ve özgürlükler sistematik açıdan birbirleriyle ve diğer anayasa kurallarıyla anlamlı bir bütünlük içinde olup o kadar sınırlandırılmış durumdadırlar ki herhangi bir sınır içermeyen hakların kullanımı, diğer temel hak ve anayasal değerlerin oluşturmuş olduğu anayasal bütünlük ile bir çatışma, onlara zarar verme durumunu ortaya çıkarıyorsa söz konusu hakkın sınırlarını, çatışmış oldukları söz konusu bütünlük ile bu temel hak ve değerler oluşturmaktadır. Örneğin kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı, ‘başkalarının hakkı’, ‘Anayasaya uygun düzen’ ve ‘ahlak yasaları’ ile sınırlandırılmıştır. AAM, bir kararında;⁷²³ sınırlamasız temel hakların sınırlarını, salt olarak Anayasanın temel düzeninde özellikle de Anayasanın 1. maddesinde güvence altına alınan ve en yüksek değer olan insan onurunda bulacaklarına hükmetmiştir. Benzer bir hususun Türk Anayasal düzeni bakımından da geçerli olduğu, farklılaşmış

sebeplerini ilgili maddesinde göstermiştir?’ sorusuna cevap veremez. Üstelik bu görüş benimsendiğinde, pek çok hak ve hürriyetin özel sınırlama sebeplerinin gösterilmesi sırasında kullanılan, ‘Bu hak ya da hürriyet ancak... gibi sebeplerle sınırlandırılabilir yada düzenlenebilir’ şeklindeki ifadelerde yer alan ‘ancak’ edatının ve bunun sağladığı vurguların hiç birinin değeri kalmayacaktır. İkinci sonuç, birinciden daha az şaşırtıcı değildir. 11. maddenin 1. fıkrasına yüklenmek istenen bu yeni anlam ve değer dolayısıyla, Anayasanın sınırlama sebeplerini özel olarak belirtmediği hürriyetlerle, bu sebeplerle ilgili maddelerinde özel olarak yer verdiği hürriyetler arasında hiçbir fark kalmayacaktır.” TANÖR, Bülent, “Anayasamızın Yeni 11. Maddesi Genel Bir Sınırlama Kuralı Getirmiş Midir?”, İçinde: Onar Armağanı, İÜHFY, İstanbul 1977, s. 873-876, benzer yöndeki görüşler için bkz. Teziç, 1972, s. 106-110. Kanaatimizce bu görüşlere katılma imkânı yoktur. Genel bir sınırlama maddesi olan 11. maddenin varlığına rağmen herhangi bir hak ve özgürlük için özel sınırlama nedenlerinin Anayasa’da ayrıca belirtiliyor olması, Anayasa koyucunun ilgili özgürlüğü, önce koruduğu yaşam alanının niteliğinden dolayı ve bu çerçevede, sonra da onun bir özgürlük olmasından dolayı iki kez sınırlamak amacından kaynaklanmaktadır. Başka bir ifadeyle, Anayasa koyucuya göre, özgürlük sınırlandırılabilir olmakla eş anlama gelmektedir. Bu, Anayasa koyucunun özgürlük anlayışını göstermesi bakımından çok önemli bir husustur. Nasıl ki ceza hukukunda memur suçları bakımından görevi kötüye kullanma suçu torba bir cezalandırma hükmüyse, benzer şekilde 1961 Anayasası’nın 11, 1982 Anayasası’nın değişiklikten önceki 13. maddesi de torba bir sınırlama hükmüdür. Böylelikle, tabir yerindeyse Anayasa koyucu işi şansa bırakmak istememiştir.

⁷²² Hakyemez, 2002, s. 22.

⁷²³ BVerfGE 30. Aktaran: Gören, 2000 (a), s. 101.

ve kademeli bir sınırlama sisteminin buna imkân verdiği belirtilmektedir.⁷²⁴ Kanaatimizce bu, anayasanın temel düzeninin hangi menfaati korumak üzere oluştuğuyla ilgili bir husustur. Anayasal düzen, devleti ve onun menfaatlerini korumak üzere şekillenmişse söz konusu bu görüşler geçerlidir. Ancak anayasal devletlerde anayasal düzen, insan haklarını koruma ve geliştirme temeli üzerinde yükseleceği için belirtilen nitelikleri taşıyan hak ve özgürlüklerin tek sınırını tüm hakların bütününden ortaya çıkacak olan insan onuru oluşturmaktadır.

a.2. Ölçölülük İlkesi

Anayasal devletlerde temel hak ve özgürlükler ancak ve ancak anayasalarda öngörölmüş olan nedenlere dayalı olarak yasama organı tarafından ihdas edilmiş olan kanunlar (şekli kanun) tarafından sınırlanabilir. Bu, çok gerekli ancak yetersiz bir güvencedir. Bununla, ancak yürütme organı ve onun bir uzantısı olan idarenin temel hak ve özgürlükleri sınırlanması, onlar üzerinde takdir hakkı kazanması engellenmiş olmaktadır. Sadece kanun koyucunun ve yine sadece anayasada belirtilen nedenlere dayalı olarak herhangi bir özgürlüğü sınırlandırabilmesinin özgürlükler bakımından sağlamış olduğu kısmi güvencenin çeşitli ilkeler ile tamamlanarak her bakımdan güvenceli bir temel hak ve özgürlükler düzeninin oluşturulması gerekmektedir. Bu ilkelerin başında ölçölülük ilkesi gelmektedir. Anayasada öngörölmüş olan nedenlere dayalı olarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilmesi için, sınırlandırma amacıyla sınırlama aracı arasında ölçölü bir ilişkinin varlığı, anayasal bir devlet açısından olmazsa olmaz nitelikte bir şarttır. Kanunla getirilen sınırlama zorunluluk arz etmeli; öngörölen amacı gerçekleştirmek bakımından elverişli nitelikte olmalı ve amaç ile araç arasında makul bir oran bulunmalıdır ki sınırlamanın, Anayasal devletin temel hak ve özgürlükler düzeniyle bağdaşır bir yönü olsun.

⁷²⁴ Gören, 2000 (a), s.101; Sağlam, 2003, s. 164.

a.2/1. Genel Olarak Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesinin temelinde yatan düşünce, hukuksal ilişkilerin adaletli, dengeli ve orantılı bir şekilde düzenlenmesidir.⁷²⁵ Bu husus devlet ile birey arasındaki ilişkilerde daha belirgin olup, devletin birey haklarına yönelik müdahalesinin düşünsel sınırlarını da çizmektedir.⁷²⁶ Anayasal bir devlette kanun koyucu, temel hak ve özgürlüklere ilişkin yapacağı her türlü sınırlandırmada, sınırlandırmayı haklı gösterecek ölçünün içinde kalmak zorundadır. Bu haklılığı sağlayacak olan ölçülülük ilkesi, amaca ulaşmada kullanılacak en az sınırlama türü ve genişliği ne ise, onunla sınırlandırmayı; bunun üzerinde herhangi bir sınırlandırma yoluna gidilmemesini gerektirmektedir.⁷²⁷ Bu yolla, temel hak ve özgürlükler ile sınırlandırmanın yöneldiği amaç olan kamu yararı bağdaştırılmış olmaktadır.⁷²⁸

Diğer taraftan ölçülülük ilkesi aynı zamanda bir yorum aracıdır. Böylelikle devletin özgürlükler temelinde bireylere olan müdahalesinin sınırını, adalet düşüncesi çizmekte; adalet hayata geçirilmiş olmaktadır.⁷²⁹ Ölçülülük ilkesi, sınırlamayla ortaya çıkan özgürlük kaybının yol açtığı maliyet ile sınırlamayla beklenen ve kamu yararını ilgilendiren muhtemel yararların adil bir şekilde tartılarak değerlendirme yapılmasına hizmet etmektedir.⁷³⁰

AIHM, söz konusu ilkeyi denge unsuru bakımından da incelemiştir. Korunmak istenen kamu yararının önem ve ağırlığı ile kamu yararını korumak için bireylerin temel hak ve özgürlüklerine getirilen sınırlandırmaların önem ve ağırlığı, birey bakımından ortaya çıkması muhtemel sonuçlar karşılıklı olarak değerlendirilmekte; bunlar arasında bir denge olup olmadığı denetlenmektedir. Söz

⁷²⁵ METİN, Yüksel, Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002, s. 19.

⁷²⁶ RUMPF, Christian, “Ölçülülük İlkesinin Özellikle Türk Hukuku Dikkatte Alınarak İrdelenmesi Üzerine Bir Deneme”, İçinde: Demokrasinin Garantisi: İnsan Onuru ve İnsan Hakları Konferansı, Düz.: Bilgi Üniversitesi, 2008, s. 33.

⁷²⁷ Derdiman, 2006, s. 204.

⁷²⁸ RUMPF, Christian, “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”, AYD, Sy.10, 1993, s. 27.

⁷²⁹ Rumpf, 2008, s. 40.

⁷³⁰ OĞURLU, Yücel, “AIHM Kararlarında ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak ‘Ölçülülük İlkesi’”, İçinde: Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, 2001, s. 489-490.

konusu dengenin varlığı, aynı zamanda sınırlamanın demokratik bir toplum için de gerekli olduğu sonucunu yaratmaktadır.⁷³¹ AYM de kararlarında denge unsuruna yer vermektedir. Bu türlü kararlarının bir tanesinde, yapılan sınırlamayla sağlanan yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin olması gerektiğini işaret etmiştir.⁷³² Başka bir kararında⁷³³ ise, ” *Bu durumda, bir yandan hukuk devleti ilkesine sadık kalarak demokratik hak ve özgürlükler içerisinde önemli bir yer işgal eden basın özgürlüğünü zedelemek, öte yandan da sağlıklı bir toplumda insan ögesinin başlıca kaynağını oluşturan çocukların ve gençlerin bedensel, ruhsal ve ahlaki gelişmelerine zarar verecek ya da onları suça itecek yayınlardan koruma zorunluluğu, tüm uygar ülkelerde olduğu gibi ülkemizde de çağdaş bir kaygıya dönüşmüştür. Bu son derece gerekli ve duyarlı dengeyi kurmak ve korumak ise ciddi bir devlet görevi ve önemi yadsınamayacak bir Anayasa sorunu halini almıştır.*” denilerek, terazinin bir tarafına basın özgürlüğü diğer tarafına ise çocuk ve gençleri çeşitli açılardan koruyarak sağlıklı bir toplumun oluşmasındaki kamu yararı konularak bunlar arasında adil bir denge kurulmak istenmiştir. AYM, bu yaklaşımını bireysel başvurular bakımından da sürdürmekte olup bir kararında⁷³⁴ “*gözetilen genel yararın gerekleri ile bireyin temel hakkının korunması arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığının belirlenmesi zorunludur*” diyerek, söz konusu dengenin Anayasa’nın 13. maddesi dolayısıyla tüm temel hak ve özgürlükler bakımından geçerli olacağına hükmetmiştir.

Sadece temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında başvurulması gereken bir ilke olmayan ölçülülük ilkesi, aynı zamanda bir denetim ve yorum⁷³⁵ ölçütüdür. Yürütme ve idarenin takdir yetkisini yönlendirme fonksiyonu yanında, bir normun somutlaştırılarak herhangi bir uyuşmazlığa uygulanması sürecinde norm alanlarının tespitinde bir ölçüt olma fonksiyonunu da yerine getirmektedir. Bu yönüyle

⁷³¹ Klass ve Diğerleri/Almanya, Başvuru No: 5029/71, 06.09.1978. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. DOĞRU, Osman/NALBANT, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar, C.II, Legal Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2012, s. 141-147.

⁷³² 1986/17 E, 1987/11 K, 22.05.1987, AMKD, Sy.23, 1989, s. 222.

⁷³³ 1986/12 E, 1987/4 K, 11.02.1987, AMKD, Sy.23, 1989, s. 68.

⁷³⁴ Başvuru No: 2013/1614, 03.04.2014, 22.05.2014 tarihli ve 29007 sayılı RG.

⁷³⁵ AİHS’nin yorumunda ölçülülük ilkesi, genel olarak bir yorum ilkesi olarak kullanılmaktadır. Yokuş, 2002, s. 79.

düşünüldüğünde söz konusu ilkenin sınırlandırmadan daha çok dengeleyici bir fonksiyonu yerine getirdiğini söylemek mümkündür.⁷³⁶

Genel hatlarıyla, Ceza Hukuku yaptırımlarının en önemli güvence unsurlarından olan ‘cezanın suçla orantılı olması’ ile klasik bir tarzda tanımlanabilen ölçülülük ilkesi, aslında yaptırım kavramının sınırlarının genişlemesiyle İdare Hukukuna taşınmış,⁷³⁷ buradan da özellikle anayasa yargısının kurulup gelişmesinden sonra Anayasa Hukukunda giderek yaygın bir geçerlilik kazanmış; günümüzde en çok kullanılan anayasal denetim ölçütlerinden biri haline gelmiştir.⁷³⁸ Anayasa hukukunda, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından gündeme gelen ilke, sınırlandırmayla ulaşılmak istenen amaç ile sınırlanan hak arasındaki hukuksal ilişkinin haklı ve meşru olmasını sağlayarak anayasal devlette temel kural olan özgürlüğün asıl, sınırlamanın istisna olması düşüncesini hayata geçirmiş olmaktadır.

Diğer taraftan, kamu düzenini korumak amacıyla kolluk makamlarının alacağı her tedbir potansiyel olarak bireylerin temel hak ve özgürlüklerini sınırlama kapasitesini taşımaktadır. Bu husus, ilkenin idare hukuku alanında da ne kadar önemli olduğunu göstermektedir. Kolluk makamlarının alacağı her sınırlayıcı kararda, bu önlemin sağlayacağı kamu yararı ile sınırlanan özgürlük arasında bir denge kurulmalı ve bu süreçte de ihlal edilen temel hak ve özgürlüğün önem ve değeri, ihlalin ağırlık derecesi ve kamu düzenine yönelik tehdidin boyutları bir bütün olarak değerlendirilmelidir.⁷³⁹

Tarihsel köken olarak genellikle Alman Anayasa Hukukunda rastlanılan söz konusu ilkeye, devlet ile bireyin karşı karşıya kaldığı her alanda, dengeleyici ve düzenleyici bir ilke olarak başvurulmalıdır.⁷⁴⁰ Öyle ki birey sadece egemenlik alanı içinde olduğu devlete ait eylem ve işlemler bakımından değil, diğer devletlere karşı da söz konusu ilkenin korumasından yararlanmaktadır. Örneğin, ülkelerin birbirine

⁷³⁶ OĞURLU, Yücel, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002, s. 23.

⁷³⁷ Oğurlu, 2001, s. 487.

⁷³⁸ Metin, 2002, s. 19.

⁷³⁹ HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, “*Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Ölçülülük İlkesi*”, İçinde: Prof.Dr. Hayri DOMANİÇ’E 80. Yaş Günü Armağanı, C.II, Özel Hukukun Diğer Dalları ve Kamu Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2001, s. 1291.

⁷⁴⁰ Rumpf, 2008, s. 33.

olan saldırıları karşısında başvurulacak meşru müdafaa hakkının kullanımında dahi aşırı, orantısız güce başvurmak yasaktır.⁷⁴¹ Özel hukukta da devletin taraf olduğu sözleşmelerin iptali ve tazminat yükümlüğü gibi konularda başvuru bir ilkedir.⁷⁴² Bu da ilkenin sadece anayasa hukuku ile sınırlandırılmayacak kadar geniş bir uygulama alanına sahip olduğunu göstermektedir. Ancak normlar hiyerarşisinin sadece, belli bir normun yürürlüğe konulması anlamında olmayıp, bir üstteki normun bir altta yer alan normun durum ve içeriğini belirlemesi anlamına da geldiği düşünüldüğünde ölçülülük ilkesine anayasalarda yer verilmesinin önemi anlaşılacaktır.⁷⁴³

Diğer taraftan ilkenin hukuksal kaynağı tartışmalı bir konudur. Kaynağın hukuk devleti olduğu yönündeki görüş, ölçülülük ilkesinin genel bir geçerliliğe sahip olmasını açıklayabilen en uygun pozitif temel hukuk devleti olduğunu savunmakta, ilkeyi hukuk devletinin zorunlu bir sonucu olarak görmektedir.⁷⁴⁴ AYM, seçimlere katılabilmek için partilerin örgütlenmek zorunda oldukları il sayısını 34 ilden 45'e çıkararak kanun değişikliğini, seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının özüne dokunur nitelikte bulmuş, sınırlama ile sınırlama amacının makul ölçüler içinde olmadığını, dolayısıyla da ölçülülük ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir. Söz konusu ilkeyi, temel hakların özü kavramıyla ilişkilendirmiştir.⁷⁴⁵

AAM'nin vermiş olduğu kararlarda, ilkeyi doğrudan doğruya hukuk devleti (Rechtsstaat) ile ilişkilendirdiği belirtilmektedir.⁷⁴⁶ Böylelikle Almanya'da gerek uygulamada gerek doktrinde, söz konusu ilkeye Anayasa Hukukuna özgü normatif bir nitelik kazandırılmaktadır.⁷⁴⁷ AAM'nin kararlarının bir tanesinde ilke ile ilgili olarak, *“ölçülülük ve aşırılık yasağı ilkeleri devletin tüm davranışlarının ana kuralları olarak hukuk devleti ilkesinden çıkarılır ve bunun için anayasal değere sahiptir.”* denilmektedir.⁷⁴⁸ Federal Mahkeme'nin ilkeyi, tıpkı AYM gibi temel

⁷⁴¹ Oğurlu, 2001, s. 487.

⁷⁴² Örnekler için bkz. Rumpf, 2008, s. 33.

⁷⁴³ Rumpf, 2008, s. 33-36.

⁷⁴⁴ Rumpf, 2008, s. 34.

⁷⁴⁵ 1986/17 E, 1987/11 K, 22.05.1987, AMKD, Sy.23, 1989, s. 222.

⁷⁴⁶ Oğurlu, 2002, s. 24.

⁷⁴⁷ Rumpf, 2008, s. 34.

⁷⁴⁸ BverfGE 19, s.342' den nakleden, Rumpf, 1993, s. 34.

hakların özü kavramıyla ilişkilendiren kararları da bulunmaktadır.⁷⁴⁹ Sonuç olarak Mahkeme, söz konusu ilkeyi hukuk devletinin unsurlarından saymaktadır.

Ölçülülük ilkesi, önce Almanya’da ortaya çıkıp uygulanmakla birlikte, Fransa, Hollanda ve AB’ye üye olan diğer ülkelerce de hukukun genel ilkelerinden biri olarak görülmekte ve geniş bir alanda uygulanmaktadır.⁷⁵⁰ Hukukun genel ilkelerinin, toplumsal yaşamda kendilerine ait bir uygulama alanı olmayan ve öteki normların kapsamının belirlenmesinde bir yorum aracı olarak başvurulmuş ilkeler olduğu göz önüne alınırsa, ölçülülük ilkesi de hukukun genel ilkelerinden sayılmalıdır. Çünkü genel yaşamın bir kısmını düzenleyen bir norm olmayıp diğer normların kapsamını, temel hak ve özgürlüklerin en etkili şekilde korunmasını sağlayacak şekilde belirlemeye yarayan çok önemli bir yorum aracıdır.⁷⁵¹ Sınırları Avrupa dışına da taşan bu ilke başta anayasa yargısı olmak üzere ABD, Kanada ve Avustralya’da da yargısal denetimde başvurulmuş önemli bir araç olmaktadır.⁷⁵²

Türk Hukukunda, 2001 Anayasa değişiklikleri ile açıkça pozitif bir temele kavuşan ölçülülük ilkesinin bu tarihten önce de Anayasa tarafından öngörüldüğü belirtilmektedir. Buna göre, Anayasanın 13. maddesinde yapılacak olan sınırlamaya, “*demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama*” ve “*öngörüldükleri amaç dışında kullanılmama*” gibi genel nitelikte iki anayasal sınır çizilmiştir.⁷⁵³ Bunlara benzer ifadeler, 1982 Anayasasının yapımında dikkate alındığı belirtilen AİHS’nin 18. maddesinde de yer almaktadır. Maddeye göre, “*bu Sözleşmede belirtilen temel hak ve özgürlükler için izin verilen sınırlamalar öngörüldükleri amaçtan başka bir amaç için uygulanamaz.*” Anayasanın 13. maddesinin 2. fıkrasında yer alan, sınırlamaların öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaması kuralı bir yönüyle nedene bağlılık ilkesini ilgilendirirken bir başka yönüyle, ölçülülük ilkesinin diğer ifadesi olmaktadır.⁷⁵⁴ Gerçekten de maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi temel hak ve özgürlükler meşru bir amaç takip edilerek sınırlanmış olsalar dahi, getirilen sınırlamanın bu amacın zorunlu ya da gerektirdiğinden daha fazla olmaması şarttır.

⁷⁴⁹ BverfGE 19, s.348’ den nakleden, Rumpf, 1993, s. 34.

⁷⁵⁰ Oğurlu, 2001, s. 488.

⁷⁵¹ Rumpf, 2002, s. 46.

⁷⁵² Oğurlu, 2001, s. 489.

⁷⁵³ Günday, 2002, s. 209.

⁷⁵⁴ UYGUN, Oktay, 1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1992, s. 163.

Başka bir ifadeyle, amaç ve sınırlama arasında var olması gereken oran devletin kamusal işlemlerinde her zaman olması gereken dengenin unsurlarından birini oluşturmaktadır.

Yukarıda belirtilen görüşlerin devamında, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının, zorunlu olunan ve gerekenden öteye geçemeyeceğini ifade eden ölçülülük ilkesinin, söz konusu maddede yer alan “*öngöröldükleri amaç dışında kullanılamama*” ifadesinin içinde yer aldığı vurgulanmaktadır.⁷⁵⁵ Buna göre, böylelikle, sınırlama için öngörölen amaç kullanılarak bir başka amaca ulaşmak için bir hak yada özgürlüğün sınırlandırılmayacağı şeklinde bir sınırlama getirilmiş olmaktadır.⁷⁵⁶ Diğer taraftan temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulmasını düzenleyen 15. maddede, olağanüstü durumlarda dahi temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulmasına ancak durumun gerektirdiği ölçüde izin verilip⁷⁵⁷, istisna halinde dahi orantı korunduğuna göre;⁷⁵⁸ bunun normal zamanlarda evleviyetle geçerli olması gerekir.⁷⁵⁹ Ancak kanaatimizce bu görüşlere katılma imkânı yoktur. Ölçölölük ilkesine asıl rengini veren, sınırlama amacı ile aracı arasında bulunması gereken adil dengedir. Belirtilmiş olan tüm bu nedenler ölçölölük ilkesinin sadece alt ilkelerinin bir ya da bir kaçını oluşturabilir. Oysaki ölçölölük ilkesi daha geniş kapsamlı bir içeriğe sahiptir.

Diğer taraftan, öngöröldükleri amaç dışında kullanılamama yasağının doğrudan ölçölölük ilkesiyle değil idare hukukunun inceleme konularından biri olan yetki saptırmasıyla ilgili olduğu da belirtilmektedir.⁷⁶⁰

⁷⁵⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Günday, 2002, s. 209.

⁷⁵⁶ Oğurlu, 2001, s. 493.

⁷⁵⁷ ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınevi, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Ankara 2011, s. 114.

⁷⁵⁸ Uygun, 1992, s. 164.

⁷⁵⁹ Özbudun, 2011, s. 114.

⁷⁶⁰ Erdoğan, 2005 (b), s. 189.

a.2/2. Ölçülülük İlkesinin Alt İlkeleri (Elverişlilik, Zorunluluk, Orantılılık)

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sürecinde ölçülülük ilkesine uyulup uyulmadığı denetlenirken ülkeden ülkeye değişen farklı uygulamalar söz konusu olabilmektedir. Kimi ülkelerde denetim genel olarak ölçülülük ilkesi düzeyinde yapılırken kimisinde söz konusu ilke bazı alt ilkelere bölünerek, getirilen sınırlamanın bu alt ilkelere uygunluğu denetlenmektedir. AİHS'nin uygulamasında ilke, alt ilkelere ayrılmazken;⁷⁶¹ ABD, Kanada, Almanya ve Türk Anayasa Mahkemeleri⁷⁶² denetimlerini, ölçülülük ilkesini alt ilkelere ayırarak yapmaktadırlar.⁷⁶³ Ölçülülük ilkesi, amaç-araç ilişkisi çerçevesinde ortaya çıkarak hukuksal etkisini gösteren bir ilkedir. Başka bir ifadeyle, kanun koyucu veya idare tarafından kullanılan sınırlama aracının, sınırlamayla ulaşılmak istenen amaca ulaşmak için elverişli ve gerekli olup olmadığı, bu aracın ulaştırılması düşünülen amaçla ölçülü bir oran, adil bir denge içinde olup olmadığı meselesiyle ilgilidir. Günümüzde, ölçülülük ilkesinin, elverişlilik, gereklilik ve orantılılık gibi üç alt ilkeden oluştuğu genel olarak kabul edilmektedir.

a.2/2.i. Elverişlilik

Söz konusu ilke alınan sınırlama tedbiri ile öngörülen amaca ulaşılmasını, başka bir ifadeyle sınırlamada kullanılan aracın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmek bakımından yeterli, uygun olmasını ifade etmektedir. Dolayısıyla yargısal denetimin konusunu, sınırlamanın amaca uygunluğu yada elverişliliği oluşturmaktadır.

⁷⁶¹Örnek karar için bkz. Akkuş/Türkiye, Başvuru No: 60/19967 679/869, 09.07.1997, Kararın Türkçe çevirisi için bkz. <http://aihmkarar.blogspot.com.tr/2006/10/akku-trkiye-davasi.html> e.t: 10.11.2014

⁷⁶² Örnek karar için bkz. 2012/100 E, 2013/84 K, 04.07.2013, 02.08.2013 tarihli ve 28726 sayılı RG.

⁷⁶³ Hakyemez, 2001, s. 1317.

Elverişlilik alt ilkesi Kanada Yüksek Mahkemesi (KYM) kararlarında ‘*mantıksal bağlantı testi*’ olarak da adlandırılmaktadır.⁷⁶⁴ Günlük yaşam tecrübelerine göre, devletin müdahalesi ile ortaya çıkan durum ile öngörülen amacın gerçekleşmiş olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin, ormanların korunması amacıyla getirilen hız sınırlaması elverişlilik ilkesi çerçevesinde ancak, günlük yaşam tecrübesine göre, zararlı madde atımının azaltılması ile (müdahale ile elde edilen durum) ormanın iyileştirilmesi (amacın gerçekleşmiş sayılacağı durum) arasında nedensellik bağı kurulabiliyorsa müdahale elverişli, dolayısıyla da ölçülüdür.⁷⁶⁵ Müstehcen ürünlerin engellenmesini öngören bir ceza kanunu maddesinin elverişlilik ilkesi bakımından değerlendirilmesinde, müstehcen ürünler ile toplumun göreceği zarar arasında mantıksal bir ilişki kurulmalıdır.⁷⁶⁶

AYM’nin temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin yapmış olduğu denetimlerde, elverişlilik alt ilkesi, çok önemli bir yer tutmamaktadır. Örneğin, Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu’nda değişiklik yapılmasına ilişkin 3266 sayılı Kanunla, söz konusu nitelikte olduğuna karar verilen basılmış eserlerin toplam satış bedeli üzerinden %40 oranında bir meblağı Toplu Konut Fonuna aktarılacak üzere Maliye Bakanlığı’na yatırılması zorunluluğu getirilmesine ilişkin yapmış olduğu yargısal denetimde, para ödeme yükümlülüğünün bir para cezası olmadığını, kamu düzeni, kamu yararı, genel ahlak ve genel sağlığa aykırı gelir elde etme eğiliminde olanlara karşı caydırıcı bir yaptırım olduğunu belirterek söz konusu zorunluluğun küçüklerin ahlaki ve fiziksel gelişimlerinin korunması bakımından nasıl bir fonksiyona sahip olacağını tartışmamış, sınırlama ile sınırlama aracı arasında mantıksal bir bağ kurmamıştır.⁷⁶⁷ Ancak karara muhalif kalan üyeler, Necdet Darıcıoğlu ve Mustafa Şahin, elverişlilik ilkesini açıkça telaffuz etmeseler de söz konusu zorunlulukla küçüklerin korunması arasında doğrudan yada dolaylı olarak bir ilgi bulunmadığını belirtmişlerdir.⁷⁶⁸

AAM kararlarına göre ise, yapılan sınırlamanın elverişlilik ilkesine uygun olabilmesi için temel hak veya özgürlüğe yönelmiş olan müdahalenin öngörülen

⁷⁶⁴ UYGUN, Oktay, “*Kanada Yüksek Mahkemesi Kararlarında Ölçülülük İlkesi*”, Değişen Dünyada İnsan, Hukuk ve Devlet, Edip F. Çelik’e Armağan, Engin Yayıncılık, 1995, s. 397.

⁷⁶⁵ Gören, 2000 (a), s. 105.

⁷⁶⁶ Uygun, 1995, s. 397.

⁷⁶⁷ 1986/12 E, 1987/4 K, 11.02.1987, AMKD, Sy.23, 1989, s. 84.

⁷⁶⁸ AMKD, Sy.23, 1989, s. 91,108.

amaca ulaşmada bir katkısının olması gerekir. AAM bir kararında, şehirlerarası yolculuklarda özel araba sahipleri ile ücretini ödeyerek yolculuk yapmak isteyenler arasında aracılık yapma faaliyetinin kanunla yasaklanmasını, ulaşım yapanların güvenliğini sağlamak amacı bakımından elverişli bulmamıştır.⁷⁶⁹ Alınan tedbir yani sınırlama ile öngörülen amaca yaklaşıyorsa araç elverişli, buna karşılık kullanılan araç, amaca ulaşmayı zorlaştırıyor veya amaç bakımından hiçbir katkı yapamıyorsa, araç elverişsizdir.⁷⁷⁰ Amaca ulaşmak bakımından yapılan katkının üst düzeyde olması gerekmeyip, yardımcı olması yeterlidir.⁷⁷¹ AAM’ne göre sınırlamanın amaca katkısı kısmi düzeyde de olsa elverişlidir.⁷⁷² Mahkeme, denetimlerini ‘tamamen elverişsiz olmak’ bakımından yapmaktadır.⁷⁷³

Özetle belirtmek gerekirse, elverişlilik ilkesinde, sınırlama amacı ile başvuru tedbir ya da araç ilişkisinde, hukuksal menfaatler arasında bir karşılaştırma yapılmaksızın sadece fonksiyonel açıdan bir değerlendirilme yapılması söz konusudur. Başka bir ifadeyle, kullanılan aracın, asgari düzeyde de olsa amacı gerçekleştirmek bakımından uygun olup olmadığı denetlenmektedir. Sınırlama, amacı gerçekleştirmek bakımından herhangi bir katkı sağlıyorsa elverişlilik ilkesine uygundur. Kanaatimizce, özgürlüğe getirilmiş olan sınırlamanın söz konusu alt ilke bakımından denetimi, bir bakıma yerindelik denetimine ilişkin hususları da ifade etmektedir. Bunu diğer nedenlerle birlikte dikkatte aldığımızda elverişlilik ilkesinin temel hak ve özgürlükler bakımından sağlamış olduğu güvencenin diğer alt ilkelere oranla daha asgari düzeyde olduğu görülecektir. Herhangi bir ilkenin tam anlamıyla bir güvence unsuru olabilmesi için, koruma altına aldığı yaşam alanında var olan özgürlükleri sadece taşımış oldukları hukuksal değer bakımından göz önünde bulundurması gerekir.

⁷⁶⁹ Hakyemez, 2001, s. 1319-1320.

⁷⁷⁰ Metin, 2002, s. 26.

⁷⁷¹ Oğurlu, 2002, s. 168.

⁷⁷² Hakyemez, 2001, s. 1319.

⁷⁷³ Metin, 2002, s. 27.

a.2/2.ii. Gereklilik (Zorunluluk)

Gereklilik ilkesi, doktrinde zorunluluk⁷⁷⁴ ilkesi olarak da adlandırılmaktadır. İlke, öngörülen amacı aynı derecede gerçekleştirmeye elverişli birçok araç içinden temel hak ve özgürlüklere en az müdahale eden aracı kullanarak amaca ulaşmayı ifade etmektedir. Çok sayıda kullanılması mümkün ve elverişli araç içinden başta bireylere olmak üzere kamuya en az zarar verecek olan aracın seçilmesi gerekmektedir. Daha az sınırlayıcı bir müdahale ile aynı veya daha iyi bir sonuç elde edilecekse, bu durumda kullanılan araç gereksizdir.⁷⁷⁵ Bu nedenlerle ilke başta kanun koyucu olmak üzere tüm kamusal makamların, amaçlarına daha az yoğun olan müdahale basamağında ulaşamıyorlarsa ancak bundan sonra daha yoğun basamağa geçmelerini istemektedir.⁷⁷⁶ En hafif olanından en ağıra doğru kademeli bir geçiş gerekmektedir.⁷⁷⁷

AYM bir kararında,⁷⁷⁸ “*özgürlükler, ancak; istisnai olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilirler. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, özgürlük kısıtlamalarının bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılması ve belli bir özgürlüğün kullanımını ortadan kaldıracak düzeye vardırılmamasıdır.*” denilerek yapılacak olan sınırlamanın, demokratik toplum düzeninin inşa edilerek devam etmesi ve özgürlüğün kural olması perspektifinde ortaya çıkangerekli ölçüyü aşmaması ve özgürlükler bakımından en az sınırlayıcı olan tedbirin seçilmesi gerektiğini vurgulamış, söz konusu alt ilkeden, ‘zorunluluk’ olarak bahsedilmiştir. AYM’ye göre zorunluluğun ölçütünü, özgürlükler ve demokratik toplum düzenin gereklilikleri belirlemektedir. AİHM ise gereklilik ilkesini, başvuru tedbirin demokratik bir toplumda gerekli olup olmaması açısından değerlendirmektedir. Mahkeme, Türkiye Birleşik Komünist Partisinin (TBKP) kapatılmasıyla ilgili kararı denetlerken şu görüşlere yer vermiştir:⁷⁷⁹ “...daha faaliyetlerine bile başlamadan

⁷⁷⁴ Bkz. Gören, 2000 (a), s. 106; KYM, kararlarında, ilkeden ‘en az zarar testi’ olarak bahsedilmektedir. Uygun, 1995, s. 397.

⁷⁷⁵ Metin, 2002, s. 30.

⁷⁷⁶ Gören, 2000 (a), s. 106.

⁷⁷⁷ Metin, 2002, s. 31.

⁷⁷⁸ 1985/8 E, 1986/27 K, 26.11.1986, AMKD, Sy.22, 1987, s. 366.

⁷⁷⁹ TBKP/Türkiye, 30.01.1988, kararın Türkçe çevirisi için bkz.

önce verilen ve yöneticileri için siyasal sorumluluk alma yasağı getiren; TBKP'nin derhal ve nihai olarak kapatılması gibi radikal bir tedbir, hedeflenen amaca göre orantısızdır ve demokratik bir toplumda gerekli değildir. Sonuç olarak bu tedbir sözleşmenin 11. maddesini ihlal etmiştir.”

KYM sınırlama amacına ulaşmak için en zarar verici önlemin seçilip seçilmediğini denetlerken bir kararında, kanun koyucunun en iyi olanı tercih etmesini beklemediğini, bu konuda kanun koyucuya bir hareket serbestisi tanıdığını ancak seçilen sınırlayıcı tedbirin, ilgili anayasal hakkın niteliğine aykırı olmaması gerektiğini belirtmiştir.⁷⁸⁰ AAM'ne göre ise de kanun koyucu, aynı derecede etkili olup, ilgili temel hak ve özgürlük üzerinde sınırlayıcı etkisi daha az olan bir aracı bulamıyorsa, araç gereklidir.⁷⁸¹ Bir başka kararında ise gereklilik ilkesi şöyle tanımlanmaktadır: “Aynı derecede etkili, ancak temel hakkı hiç veya hissedilir şekilde daha az sınırlayan bir başka aracın seçilme imkânı yoksa araç gereklidir.”⁷⁸²

Gereklilik ilkesini şu örnekler çok açık bir şekilde ifade etmektedir:

- Toplantı veya gösteri yürüyüşünün kamu düzeni ve güvenliğini bozma riski durumunda; bunun yasaklanması tedbiri elverişlidir ancak gerekli değildir. Gösterinin şehrin merkezi bir caddesinde yapılması yerine daha kenar bir bölgesinde yapılması yeterlidir.
- Yapılması planlanan toplantı veya gösteri yürüyüşü sırasında toplumsal olayların çıkacağına dair kuvvetli şüphe sebepleri varsa; yüz tanıma sistemi vb. aracılığıyla önceden bu tür suçlardan dolayı haklarında herhangi bir kayıt bulunan kişilerin alana alınmaması yoluna gidilmelidir. Yasaklama ya da toplantının amacına ulaşması bakımından dezavantajlı konuma sahip bir yerde yapılmasına gerek yoktur.

Kanaatimizce gereklilik alt ilkesi, eski bir deyimle ehven-i şer olanı seçmeyi gerektirmektedir. Özgürlüğü sınırlayan her tedbir kötüdür ancak anayasal devlette özgürlükler ve devlet iktidarı, şartları anayasa tarafından belirlenmiş olan bir uzlaşma içinde bir arada yer alacaklarından özgürlüğün sınırlanmasına katlanma zorunluluğu

http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/133_1996_752_951.pdf. e.t: 09.06.2014

⁷⁸⁰ R.v. Butlerand McCord(1992), National Reporter No:134, s.81 vd., dan naklen, Uygun, 1995, s. 398.

⁷⁸¹ BVerfGE 30, s.292 vd., dan nakleden Rumph, 1993, s. 33.

⁷⁸² BVerfGE 30, s.292(316), dan nakleden Metin, 2002, s. 31.

bulunmaktadır. Ancak bu, ona en zarar veren tedbirle kerhen gerçekleştirilmelidir. Bu yönüyle genel olarak ölçülülük özel olarak ise gereklilik alt ilkesi; söz konusu uzlaşmayı sağlayan anayasal araçlardan birini oluşturmaktadır.

a.2/2.iii. Orantılılık (Dar Anlamda Ölçülülük)

Ölçülülük ilkesi asıl fonksiyonunu orantılılık alt ilkesiyle yerine getirmektedir. AYM'nin bir kararında,⁷⁸³ *“Tüm özgürlüklerde olduğu gibi basın özgürlüğüne de kamu yararı, genel ahlak ve genel sağlığın korunması amacıyla sınırlamalar getirilebileceğine... Bu kural doğrultusunda küçükleri, ahlaki yapılarına, beden ve ruh sağlıklarına zararlı etkiler yapabilecek yayınlardan korumak kamu yararı düşüncesine dayanmaktadır ve EK MADDE 2'nin bir ve ikinci tümcesi bu bakımdan Anayasa'nın 13. maddesine uygundur. Ancak, bu maddenin 'tekerrürü halinde bu cezalar üç misli olarak tatbik edilir' biçimindeki son tümcesi, önleyici ve caydırıcı düzenleme gereksinimi ile bulunan çare arasında adaletli ve kabul edilebilir dengeyi bozmaktadır. Amaç ile araç arasındaki mantıki bağ kaybolmaktadır. Demokratik toplum düzeninde, basın özgürlüğünü tehdit ve korku ortamına sürüklenme istidadı taşımaktadır.”* denilerek söz konusu alt ilkeden sınırlama amacı ile aracı arasında var olması gereken adaletli ve kabul edilebilir bir denge olarak söz edilmektedir. Bir başka kararında⁷⁸⁴ ise, sınırlamada makul ölçülerin aşılmasının bir iptal nedeni olduğu belirtilerek orantılılık ilkesini, amaçla-arac arasındaki makul ölçü olarak tanımlamıştır.⁷⁸⁵

AİHM'nin bir kararında⁷⁸⁶ ise amaçla araç arasındaki makul bir oran ve adil bir dengeden söz edilmektedir. Buna göre, Mahkeme toplumun genel yararının gerekleri ile bireyin temel haklarının korunması arasında denge kurulup kurulmadığını belirlemek zorundadır. Bu denge arayışı AİHS'nin tümüne hakim olan

⁷⁸³ 1986/12 E, 1987/4 K, 11.02.1987, AMKD, Sy.23, 1989, s. 85.

⁷⁸⁴ 1986/17, 1987/11 k, 22.05.1987, AMKD, Sy.23, 1989, s. 222.

⁷⁸⁵ AYM'nin başka bir kararında ise, amaçla-arac arasındaki hakkaniyete uygun dengeden söz edilirken bkz. 2012/100 E, 2013/84 K, 04.07.2013, 02.08.2013 tarihli ve 28726 sayılı RG.; başka bir kararında hakkaniyete uygun denge yerine makul denge kavramından söz edilmiştir. Bkz. 2011/18 E, 2012/K, 11.04.2012, AMKD, Sy.49, C.II, 2012, s. 1152.

⁷⁸⁶ Sporong ve Lönnroth/İsveç, 23.09.1982, kararın Türkçe çevirisi için bkz. <http://aih.m.anadolu.edu.tr/e.t: 10.04.2014>

bir anlayıştır. Bu yönüyle AYM ile AİHM'nin söz konusu alt ilkeye bakış açıları aynıdır. Orantılılık, AAM'nin bazı kararlarında ise 'aşırılık yasağı',⁷⁸⁷ 'yüklenmezlik',⁷⁸⁸ KYM'nin kararlarında ise 'denge testi' olarak anılmaktadır.⁷⁸⁹

Söz konusu ilke ile ilgili olarak gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında farklı tanımlamalar yapılmaktadır. En çok rastlanılan tanıma göre, bir araç, ulaşılmak istenen amaç ile açık bir orantısızlık içinde bulunmamalıdır veya araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında ölçülü bir oran bulunmalıdır.⁷⁹⁰ Araç, ilgililere ölçüsüz yükümlülükler getirmemelidir.⁷⁹¹ Araç, ilgililer için katlanılabilir olmalı, katlanılabilirlik sınırlarına uyulmak zorundadır.⁷⁹² AAM'ye göre seçilen sınırlama aracı, istenilen sonuçla makul(akılcı) bir ilişki içinde bulunmalıdır. Mahkemeye göre, sınır dışı edilme hükümlerinin uygulanmasında ilgili hükmün koruduğu kamu yararı ile sınır dışı edilmenin bireyin ekonomik, mesleki ve şahsi varlığı bakımından ortaya çıkan sonuçlar ile beraber, yurt dışına gitmek istemeyen Alman karısı ile olan evliliği ve diğer sosyal ilişkilerinin üzerine olası etkileri arasında bir dengenin kurulması şarttır.⁷⁹³

Yargı kararlarından da anlaşılacağı üzere orantılılık ilkesinin denetimi şekli bir denetim olmayıp hukuksal menfaatler arasında bir karşılaştırılma yapılmasını gerektirmektedir. Sınırlama aracı ve sınırlama amacı karşılıklı olarak tartılarak bir sonuca ulaşma zorunluluğu bulunmaktadır. Bu işlem sonucunda aracın kullanılmasına bağlı olarak ortaya çıkan hak kaybının amaçlanan kamu yararına oranla daha bariz olması başka bir ifadeyle ağır basması halinde, tedbirin orantısız olduğu sonucuna ulaşılır.⁷⁹⁴ AAM de bir kararında, *"yasal düzenlemenin ulaşmak istediği kamu yararı ile müdahalenin ağırlığı arasında yapılacak bir tartımda, düzenlemenin genel olarak orantılı"* olmak zorunda olduğunu belirtmiştir.⁷⁹⁵

⁷⁸⁷ BVerfGE 48, s.396 vd.(402); 61, s.126 vd.(134); 63, s.131 vd.(144), dan nakleden Rumpf, 1993, s. 33.

⁷⁸⁸ BVerfGE 21, s.173 vd.(283); 48, s.199 vd.(302); 48, s.396 vd., dan nakleden Rumpf, 1993, s. 33.

⁷⁸⁹ Uygun, 1995, s. 397.

⁷⁹⁰ 2012/100 E, 2013/84 K, 04.07.2013, 02.08.2013 tarihli ve 28726 sayılı RG.; KYM'nin örnek kararları için bkz., Uygun, 1995, s. 394.

⁷⁹¹ AYM, bireysel başvurular bakımından hak ihlalinin tespitinde de aynı ölçüte başvurmaktadır. Bkz. Başvuru No: 2013/1614, KT.: 03.04.2014, 22.05.2014 ve 29007 sayılı tarihli RG.

⁷⁹² Metin, 2002, s. 36.

⁷⁹³ BVerfGE 35, s.400 vd., dan nakleden Rumpf, 1993, s. 35.

⁷⁹⁴ Metin, 2002, s. 37.

⁷⁹⁵ BVerfGE 84, s.133(153), den nakleden Metin, 2002, s. 37.

Mahkemeye göre, alınan bir tedbirin ağırlığını, tedbirle ulaşılmak istenen amaç belirlemektedir. AYM'nin bir kararında bu husus dolaylı bir şekilde kanun koyucunun makul davranması gerektiği şeklinde ifade edilmiştir.⁷⁹⁶ Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sürecinde aşırıya gidilmesi orantılılığa aykırıdır. Bundan dolayı söz konusu ilkeye dar anlamda ölçülük de denmektedir.⁷⁹⁷ AİHM'nin bir kararında,⁷⁹⁸ “ *Belirli bir mesleği edinmek için öngörülen hizmetin, o hizmeti isteyerek önceden kabul edilmiş sayılamayacak kadar aşırı bir külfet yüklemesi veya mesleğin ileride sağlayacağı getirilmeyle orantısız olması...*” denmektedir. AAM'nin bir kararında da benzer bir şekilde, “*sınırlama ile ilgiliye aşırı bir yük getirilmemeli, yani yüklenebilir bir ağırlıkta olmalıdır.*”⁷⁹⁹ denilmektedir.

Özetle belirtmek gerekirse orantılılık ilkesi çerçevesinde aşağıdaki hususların denetiminin yapılacağı doktrinde savunulmuştur:⁸⁰⁰

- Başvurulan tedbirle hangi hak kayıplarının ortaya çıkmasına engel olunuyor?
- Başvurulan tedbir ne gibi hak kayıplarına yol açıyor?
- Her iki hak kaybı sonuçta birbiriyle karşılaştırılır, bu karşılaştırmada sıradan bir değerlendirilme yapılmaksızın söz konusu hukuki değerlerin önemi ve genel olarak korunmak istenen değerler birlikte değerlendirilir. Somut olayda değerlendirilmesi gereken bütün hususlar adil bir şekilde tartıldıktan sonra bir sonuca varılır.

a.3. Öz Güvencesi (Öze Dokunma Yasağı)

Alman ve Türk Anayasalarında yer almakta olan temel hak ve özgürlüklerin özü kavramı, anayasal devletin insan hakları düzeninde önemli bir ölçü ve güvence

⁷⁹⁶ 2012/100 E, 2013/84 K, 04.07.2013, 02.08.2013 tarihli ve 28726 sayılı RG.

⁷⁹⁷ Hakyemez, 2001, s. 1324.

⁷⁹⁸ Van der Mussele/ Belçika, Başvuru No: 8919/80, 23.11.1983. kararın Türkçe çevirisi için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/>. e.t: 28.08.2014. AYM, söz konusu bu karara atıfla, tabiplerin almış oldukları her bir uzmanlık eğitimi için belli bir süreyle mecburi hizmet yapmalarını öngören 5371 sayılı Kanunun iptaline ilişkin başvuruyu, düzenlemenin orantısız olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. 2006/21 E, 2006/38 K, 13.03.2006, 11.12.2007 tarihli ve 26727 sayılı RG.

⁷⁹⁹ BverfGE 48, s.396(402)'den nakleden Rumpf, 1993, s. 34.

⁸⁰⁰ Metin, 2002, s. 38-39.

fonksiyonunu yerine getirmektedir. 1961 Anayasası'nın 11. maddesinin 2. fıkrasında yer alan 'temel hakların özüne dokunma yasağı' Bonn Anayasası'nın 19. maddesinin 2. fıkrasından⁸⁰¹ aynen alınarak Türk Anayasal Sistemi'ne dahil edilmiştir. Söz konusu maddelerin birinci fıkraları genel sınırlama esasları bakımından farklı hükümler taşısa bile 2. fıkraları, ifade farklılıkları olmakla birlikte anlam olarak ortak bir hüküm içermektedir. Öze dokunma yasağı, 1961 Anayasası'nın temel hak ve özgürlükler anlayışını en net şekilde yansıtan kuraldı.⁸⁰² 'Öze dokunma yasağı' ya da 'öz güvencesi' ölçütü, her temel hakkın bir özü, cevheri olduğu düşüncesine dayanmaktadır. Bu yaklaşımın doğal bir sonucu olarak da temel hak ve özgürlüklerin belli bir içerikleri olduğu, sadece kullananların takdirine göre belirlenen değerler olmadıkları kabul edilmektedir.⁸⁰³

Diğer taraftan temel hak ve özgürlüklerin özünün ne olduğu başka bir ifadeyle onun asgari içeriğini, her bir hakkın farklı bir yaşam alanını korumasından dolayı bütün haklar bakımından geçerli olacak şekilde belirleyerek tanımlamak da mümkün değildir. Bunu, her hak ve özgürlüğün kendine özgü nitelikleri dikkate alınarak, her somut olay bakımından ayrı ayrı yapmak gerekmektedir.⁸⁰⁴ Bu yönüyle düşünüldüğünde öz güvencesinin çok belirgin olmadığı söylenebilir. Ancak her temel hak ve özgürlüğün kendine özgü bir norm alanı içinde mutlak nitelikte dokunulmaz bir çekirdeğin bulunduğu ve söz konusu bu çekirdek alanın anayasalarda yer alan ek güvencelerden hareketle ortaya konabileceği yönündeki yaklaşım öz güvencesine belli bir miktar belirginlik kazandırmaktadır. Ayrıca AYM tarafından çok eski tarihli kararlarından itibaren gözetilen 'kullanılabilirlik'⁸⁰⁵ kriteri de söz konusu bu güvencenin belirginleşmesine katkı sağlamıştır. Zaten özgürlükler

⁸⁰¹ Anayasa'nın Türkçe çevirisi için bkz.

<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20209-276.pdf>. e.t: 02.03.2014

⁸⁰² Sağlam, 1988, s. 435.

⁸⁰³ Uygun, 1992, s. 186.

⁸⁰⁴ Bir temel hak ve özgürlüğün özünün belirlenmesi bakımından ortaya çıkan zorluk doktrinde şu şekilde belirtilmiştir: "... bir hakka ya da özgürlüğe ilişkin 'öz'ün nerede bittiği, 'öz olmayanın' nerede başladığı, önceden kesinlikle belirtilemeyen ve ancak Anayasa Mahkemesi'nin o konudaki kararıyla çözüme bağlanabilecek olan bir sorundur." SOYSAL, Mümtaz, 100 Soruda Anayasa'nın Anlamı, Gerçek Yayınevi, 10. Baskı, İstanbul 1993, s. 129.

⁸⁰⁵ "Bir hak veya hürriyetin gayesine uygun bir şekilde kullanılmasını zorlaştıran veya onu kullanılamaz duruma düşüren kayıtlara tabi tutulması halindedir ki o hak ve hürriyetin özüne dokunulmuş olması..." 1963/16 E, 1963/83 K, 08.04.1963, AMKD, Sy.1, 1964, s. 202, 219. Benzer yöndeki yeni tarihli kararları için bkz. 2006/121 E, 2009/90 K, 18.06.2009; 2012/106 E, 2012/190 K, 29.11.2012.

alanında kullanılan güvence ve ölçütlerde mutlak bir belirginlik aramak, özgürlükçü anayasal devlet düzeninin dinamik yapısı dikkate alındığında bu düzende her zaman geçerli değişmez doğrular olamayacağından söz konusu olamaz.⁸⁰⁶

Bir hakkın özüne dokunulamaması, her şeyden önce onun asgari düzeyde belli bir içeriğe sahip olması anlamına gelir. Bu içerik, hakkın niteliğine göre üzerinde herhangi bir tartışma, değerlendirme yapılmayacak kadar açık, belli ve tanımlı kolayca yapılabilecek bir içeriktir. Hakkın özü, bir hak ya da özgürlüğün gerçekten kullanılması,⁸⁰⁷ onu kullanmaya elverişli kılan cevheridir. Öze dokunma ya da müdahale demek onu kullanılamayacak hale getirmek ya da kullanılmasını son derece zorlaştırmak,⁸⁰⁸ varlık amacından uzaklaştırmak,⁸⁰⁹ anlamsızlaştırmak demektir. Aynı zamanda hakkın özü, onun vazgeçilmesi mümkün olmayan unsuru,⁸¹⁰ onun en net ifadesi, ruhudur.⁸¹¹ Bir hak yada özgürlüğe müdahale edileceği zaman yapılan bir değerlendirmede hakkın nesinden taviz verilmesi kesinlikle mümkün değilse ulaşılabilecek sonuç onun özünü teşkil eder.⁸¹²

Kanaatimizce, bütün bunlar bir arada düşünüldüğünde öz güvencesi, herhangi bir hak üzerindeki takdir hakkının sınırını çizerek aşılması mümkün olmayan eşiği belirlemekte bu sayede devlet iktidarının belli sınırlar içinde kalmasına hizmet ederek anayasal devletin hayata geçmesine çok önemli bir katkı yapmaktadır. Ayrıca söz konusu ilke güvence fonksiyonunu sadece temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hususunda değil, tüm kamusal işlemler bakımından yerine getirerek kamusal nitelikli takdir yetkisinin sınırlarını çizmektedir. Alman Anayasası'nın 19/2. maddesinde⁸¹³ bir temel hakkın özüne hiçbir şekilde dokunulamayacağı belirtilmek suretiyle, söz konusu yasağın sadece yasama organına değil, kamusal yetki kullanan tüm makamlara yönelik olduğu belirtilmek istenmiştir. Madde başlığının 'temel

⁸⁰⁶ Eren, 2004, s. 100.

⁸⁰⁷ YÜCE, Tufan Turhan, “*Temel Hakların Özü Kavramı ve Sınırlanması Problemi*”, içinde: Dr. A.Recai SEÇKİN' e Armağan, AÜHFY, Ankara 1974, s. 642.

⁸⁰⁸ Eren, 2004, s. 97.

⁸⁰⁹ Derdiman, 2006, s. 203.

⁸¹⁰ Özbudun, 2011, s. 115.

⁸¹¹ Yüce, 1974, s. 646.

⁸¹² Zafer, 2000 (a), s. 107.

⁸¹³ Anayasa'nın Türkçe çevirisi için bkz.

<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20209-276.pdf>. e.t: 10.04.2014

hakların sınırlanması ve özü' şeklinde kaleme alınarak öz kavramının sınırlama olgusundan ayrılmış olması da söz konusu güvencenin, sadece kanunlar ve özgürlüklerin sınırlanması bakımından değil, tüm kamusal işlemler için geçerli olduğunu göstermektedir. Benzer bir hüküm anayasamız bakımından yer almasa da gerek öz güvencesinin kaynağının Alman Anayasası olması gerekse anayasal sistemin işleyişine ilişkin bir yorum çeşidi olan ve ileride ayrıntılarıyla belirtilecek olan, 'Karşılaştırmalı Anayasa Hukukuna' başvuru yöntemi uygulandığında temel hakların özüne dokunma yasağının, Türk Hukuku bakımından da kamusal takdir yetkisinin sınırlarını belirtmekte olduğu, bu nedenle de tüm kamusal işlemler için geçerli olacak bir güvence getirdiği görülecektir. Örneğin 652 sayılı Milli Eğitim Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname de değişiklik yapan 6528 sayılı Kanun ile Bakanlık merkez teşkilatında denetim elamanı olarak görev yapan müfettişlerin-denetçilerin taşra denetim elamanı olarak atanmaları, görevin-kamu hizmetinin yerine getiriliş şeklinin özüne dokunur bir işlem olduğu için bunun hizmetin düzenlenmesi olgusuyla açıklanması mümkün olmayıp hukuka aykırı bir işlemdir.

Hemen belirtilmelidir ki, hakkın ruhunu oluşturan öz güvencesi ile hakkın korunması birbirinden farklı kavramlardır. Fransız Danıştay'ının kararına⁸¹⁴ da konu olan bir olayda öğretmenlerle ilgili yazmış olduğu bir makalesinden dolayı tepkileri üzerine çeken yazar konuşma yapmak üzere bir şehre geldiğinde oradaki öğretmenler idari makamlara başvurarak söz konusu toplantıyı iptal ettirmişlerdir. Yazar da bunun üzerine Danıştay'a başvurmuştur. Danıştay'ın kararına göre, idari makamların görevi huzur ve güveni ortadan kaldıracak olayların çıkmasını engellemektir. Yetkililer, toplantı özgürlüğünün yazar tarafından kullanılabilmesi için hiçbir çaba göstermemişlerdir. Güvenlik kuvvetleri olayların çıkmasını engelleyecek her türlü önlemi alırlar da buna rağmen toplantı yapılamaz ise ancak o zaman kamu düzeni bozulmuş sayılıp toplantı yasaklanabilir. İdare bu toplantıyı yasaklayarak toplantı özgürlüğünü hiç kullandırmamış, onun özüne dokunmuştur. Ancak bu kararda, hakkın özü ile korunması kavramları hatalı olarak birbiri yerine kullanılmıştır.

⁸¹⁴ Conseil d'Etat, 19 Mayıs 1933, Benjamin, RDCE, 1933, s.541'den nakleden GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, Ekin Yayınevi, Güncelleştirilmiş ve Düzeltilmiş 2. Baskı, C. II, Ekin Yayınevi, Bursa 2009, s. 581.

Somut olay bakımından, idarenin toplantının yapılabilmesi için üzerine düşen gerekli hiç bir tedbiri almayarak bir temel hakkı koruma görevini yerine getirmemesi söz konusudur. Eğer idari makamlar yazara, öğretmenleri eleştirmemek şartıyla konuşma hakkı tanımış olsaydı ancak bu durumda bir temel hakkın esprisi, ruhu zedelenmiş dolayısıyla da hakkın özüne dokunulmuş olurdu. Kanaatimizce öz güvencesi bu çerçevede; ancak herhangi bir hakkın ilgili tarafından kullanılmaya başlamasıyla etkisini gösterecek; kullanma şartları bakımından asgari bir güvence sağlayacaktır.

Diğer taraftan, örneğin vatandaşların yapacakları gezileri yer ve zaman bakımından izne bağlamak, inanç ve ibadet özgürlüğünü sadece bir dinin mensuplarına tanıyıp örneğin Katoliklere tanımamak, istediği yere yerleşmeyi belli bir azınlığa tanımak, ifade özgürlüğünü eğitim seviyesi yüksek kişilere tanımak, doktrindeki ifadeyle hakkın esprisini bozan, özüne dokunan sınırlamalar olurdu.⁸¹⁵

Türk hukukunda, 1982 Anayasası'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkına, Anayasa'nın 46. maddesinde düzenlenen kamulaştırma ile bir sınırlama getirilmiştir. İdari makamların kendilerine Anayasa tarafından tanınmış olan bu yetkiyi nasıl kullanacağını belirleyen Kamulaştırma Kanunu'nun 38. maddesine göre, hiç ya da usulüne uygun bir kamulaştırma yapılmaksızın idare tarafından el konularak kamu hizmetine tahsis edilen taşınmaz bir malın maddede belirtilen hak sahiplerinin yirmi yıl geçtikten sonra söz konusu taşınmaza ilişkin her türlü dava hakkı düşmekte; kanunun öngördüğü usul ve esaslara uyan bir kamulaştırmayla eş değer sonuçlar doğurarak taşınmazın, idare adına tapu kütüğüne tescili mümkün olmaktadır. Söz konusu bu hüküm hakkında yerel mahkemece yapılan Anayasaya aykırılık itirazı üzerine AYM yapmış olduğu denetimde, itiraz konusu yirmi yıllık hak düşürücü sürenin geçmesiyle taşınmaz malikinin her türlü dava açma imkânının engellenmesi ve taşınmazın hiçbir karşılık ödenmeksizin idareye geçmesini, mülkiyet hakkının sınırlanması olgusunu aşan, hakkın özünü zedeleyen bir durum olarak değerlendirmiştir.⁸¹⁶

Diğer taraftan her bir temel hak ve özgürlük, tarihsel süreç içerisinde yaşanan bir takım haksızlıklara karşı bunları gidermek üzere ortaya çıkmış, bu doğrultuda günlük yaşam ilişkilerinin ancak belli bir bölümüne hukuksal bir koruma alanı

⁸¹⁵ Yüce, 1974, s. 644-647.

⁸¹⁶ 2002/112 E, 2003/33 K, 10.04.2003, AMKD, Sy.39, C.I, 2004, s. 494.

sağlamıştır. Bu alan, temel hak normu tarafından tümüyle aynı yoğunlukta da korunmuş değildir. Bu alanın bazı öyle vazgeçilmez unsurları vardır ki bunlara dokunmak demek temel hak güvencesinin varlık nedenini ortadan kaldırarak güvenceden yararlanacak bir hak sahibi bırakmamakla eş değer sonuçlar yaratmak demektir. Temel hak normunun varlık nedeni olan vazgeçilmez bu çekirdek alanın etrafında gerektiğinde daha az korunabilecek çeşitli unsurlar bulunmaktadır.⁸¹⁷ Bu unsurları, kanunlarda ifadesini bulan bir takım kamusal nitelikteki menfaatler gereği belli bir hukuki disiplin altına alarak sınırlamak mümkündür, ancak çekirdek alana hiçbir nedenle dokunulamaz.⁸¹⁸ Dokunulması mümkün olmayan bu alan anayasal güvencenin dolayısıyla da anayasal devletin varlık nedeni de oluşturmaktadır.

Türk Hukukuna 1961 Anayasası ile dahil olan bu güvence 1982 Anayasasında 2001 yılında yapılan değişikliğe kadar yer almamıştır. Ancak AYM, söz konusu bu güvenceye, bağımsız olarak değilse bile, ‘demokratik toplum düzeninin’ bir gereği sayarak bu dönemde vermiş olduğu kararlarında dayanmıştır. Mahkemeye göre, hakkın özüne dokunan sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine de aykırılık teşkil etmektedir. Bu kararlarının bir tanesinde,⁸¹⁹ “*Bir siyasi partinin seçime katılmasını güçleştirmek ya da engellemek seçilme hakkının özüne zarar verir. 8. maddenin getirdiği sınırlama, amacı aşarak, seçme hakkının kullanılmasını demokratik toplum düzeninin gerekleri ile bağdaşmayacak şekilde zorlaştırdığından Anayasa’nın 13 ve 67. maddelerine aykırıdır.*” 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkındaki Kanunda değişiklikler öngören 3420 sayılı kanunun iptaline ilişkin vermiş olduğu kararında da benzer görüşlere yer vermiştir:” *Anayasa ilkelerini zedelemeyen, demokratik toplum düzeni gereklerine aykırı olmayan, hakkın özüne dokunmayan düzenlemeler gerçek anlamda bir seçme ve seçilme hakkını olumsuz biçimde etkilemez, ortadan kaldırmaz... Düzenleme hakkın özüne dokunmadığı gibi demokratik toplum düzeni gereklerine de aykırı değildir.*”⁸²⁰ AYM, söz konusu bu iki karardan ilkinde, hakkın özüne dokunulmuş olmasını doğrudan demokratik toplum düzeni gereklerine aykırılık olarak görüp öz güvencesini demokratik toplum düzeninin bir unsuru olarak

⁸¹⁷ Sağlam, 1982, s. 156.

⁸¹⁸ Sağlam, 1982, s. 156.

⁸¹⁹ 1986/17 E, 1987/11 K, 22.05.1987, AMKD, Sy.23, 1989, s. 222.

⁸²⁰ 1988/14 E, 1988/18 K, 14.06.1988, AMKD, Sy.24, 1989, s. 253-254.

değerlendirmişken ikinci kararda her iki güvenceyi birbirinden bağımsız olarak nitelendirmiştir.

AYM'nin öz güvencesini demokratik toplum düzeni gereklerinden biri olarak değerlendiren bu yaklaşımını destekleyen görüşlerin birinde, demokrasi ve hukuk devletinin gereklerinden bir tanesinin temel hak ve özgürlüklerin tanınarak güvence altına alınmasının olduğu ifade edilerek hak ve özgürlüğün varlığının kural, sınırlandırılmasının istisna olduğu vurgulanmıştır. Buna göre, sınırlamanın anlamı var olan bir hak ya da özgürlüğü ortadan kaldırmak, yok etmek değil sadece daraltmak, kısıtlamaktır. Sınırlama kavramı içinde temel hak ve özgürlüğü tamamen ortadan kaldırmak yoktur. Çünkü bu durumda hak ya da özgürlük tanınır olmaktan çıkıp yok olmaktadır. Olmayan bir şeyin sınırlandırılmasından da söz edilemeyeceği için bu durumda yapılması gereken, sınırlamanın da bir sınırı olduğunun ve bu sınırında hak ya da özgürlüğün özü olduğunun kabulüdür.⁸²¹

Yüksek Mahkemenin söz konusu yaklaşımını eleştiren bir görüşte ise, demokratik toplum düzeni gerekleri ile öze dokunma yasağının birbirinden farklı nitelikte kavramlar olduğu belirtilmiştir. Buna göre, demokratik toplum düzeni gerekleri bir sınırlama ölçütüdür ve sınırlamanın nasıl yapılacağını gösterir. Buna karşılık öze dokunma yasağı, bireye her temel hak ve özgürlük için ayrı ayrı olmak üzere dokunulamaz asgari bir alan güvencesi verir. Bu alanda artık bir sınırlama yapılamaz.⁸²² Ancak kanaatimizce bu görüşe katılma imkânı yoktur. Şöyle ki, demokratik toplum düzeni gerekleri de ilgili hakkın kendi iç dinamiklerinden bağımsız bir güvence unsuru olup dışsal bir güvence sağlamaktadır. Sınırlama ölçütü, sınırlamanın sınırı olduğunu kabul etmek anlamına geldiğine göre bu husus anayasal devlette yer alan tüm sınırlama ölçütleri bakımından geçerlidir.

Diğer taraftan, 2001 Anayasa değişiklikleri ile öze dokunma yasağının Anayasada yeniden yer almasıyla AYM'nin öz güvencesini bağımsız olarak değerlendirmesi gerektiği belirtilmektedir. Özellikle de 13. maddenin yazılış şekli dikkate alındığında, hakkın özüne dokunulmaksızın yapılan bir sınırlamanın da demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olabileceği özellikle

⁸²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Atar, 2002, s. 131.

⁸²² Ayrıntılı bilgi için bkz. Sağlam, 1988, s. 436.

vurgulanmıştır.⁸²³ Şöyle ki, eğer lafzi sıralamaya göre bir değerlendirme yapılacak olursa, belirtilen sınırlama nedenlerine dayalı olarak kanunla yapılan sınırlamaların her şeyden önce hakkın özüne dokunmaması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, sınırlamanın sınırları bakımından öz güvencesi adeta bir ön koşul niteliğindedir. Eğer sınırlama hakkın özüne dokunmuyorsa diğer ölçütlere uygunluğun denetimine geçilebilecektir.⁸²⁴ AYM de söz konusu değişiklikten sonra doktrinde belirtilen bu görüşlere uygun olarak öz güvencesini demokratik toplum düzeni gereklerinden ayrı olarak değerlendirdiği kararlarının bir tanesinde,⁸²⁵ “*temel hak ve özgürlükler, istisnâ olarak ve ancak özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin gerekleri için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak yasayla sınırlandırılabilirler.*” diyerek hakkın özüne dokunmayan bir sınırlamanın demokratik toplum düzeni gereklerine aykırı olacağını kabul etmiştir.

Hemen belirtmek gerekir ki AİHS’de öz güvencesine yer verilmemiş olmasına rağmen AİHM de AYM’nin söz konusu yaklaşımına benzer bir şekilde, kararlarında bağımsız olarak öz güvencesine yer vermektedir. Belçika Eğitim Dili davasıyla ilgili kararında devletin eğitim alanında zamana ve yere göre düzenleme yapabileceğini ancak bunun, eğitim hakkının özünü zedelememesi gerektiğini belirtmiştir.⁸²⁶

a.4. Demokratik Toplum Düzeni Gerekleri

Yukarıda farklı bağlamlarda belirtildiği üzere, anayasal bir devletin varlığı her şeyden önce, temel hak ve özgürlüklerin ne ölçüde güvence altına alındığı ile ilgili bir husustur. Demokratik toplum düzeni gerekleri güvencesi, gerek uluslararası gerekse ulusal hukukta kabul edilmiş olan, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırını oluşturarak, bunların daha üst düzeyde güvence altına alınmasını sağlayan çok önemli bir ilkedir.

⁸²³ Erdoğan, 2005 (b), s. 184.

⁸²⁴ ARSLAN, Zühtü, “*Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa’nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler*”, AYD, Sy.19, 2002, s. 222.

⁸²⁵ 2009/1 E, 2011/82 K, 18.05.2011, AMKD, Sy.49, C.I, 2012, s. 83.

⁸²⁶ Başvuru No: 1474/62, 09.02.1967. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. <http://aihmg.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=5>. e.t: 05.03.2013

Bir tartma aracı⁸²⁷ ve anayasal bir güvence olan söz konusu bu ilke, özellikle de AİHS bağlamında değerlendirilerek uygulanmakta; Sözleşmede yer alan bazı hakların sınırlanmasının sınırını oluşturmaktadır. 8, 9,10 ve 11. maddelerde yer alan, özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkı, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğü ile 4 no'lu Protokolde hüküm altına alınmış olan serbest dolaşım özgürlüklerinin sınırlanmasında bir güvence unsuru olarak yer almaktadır. Söz konusu bu haklar, milli güvenlik, kamu düzeni, sağlık ve ahlakın korunması gibi nedenlerle sınırlandırılabilir. Ancak, bu sınırlamalar kanunda öngörülmesi ve 'demokratik toplum düzeninde' gerekli olmalıdır.

Türk Hukukunda 1961 Anayasası'nda yer almazken, 1982 Anayasası'na AİHS'den alınarak dahil edilmiştir (md. 6/1, 8/2, 9/2, 10/2,11/2).⁸²⁸ Diğer taraftan aynı güvence, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinde de yer almaktadır. 14, 18, 21 ve 22. maddelerinde düzenlenen ve konusu bakımından AİHS'de yer alan söz konusu haklarla benzerlik gösteren haklar bakımından, 'demokratik bir toplumda gerekli olma' ibaresiyle Sözleşmede bir güvence unsuru olarak yerini almıştır. Çeşitli sözleşmelerde düzenlenerek uygulanan bu ilke, bir toplumun demokratik nitelikte olması için sahip olması gereken ortak hukuksal değerlere işaret ederek ortak bir güvence ölçütü olmakta, belirtildiği üzere özellikle de AİHS çerçevesinde çok etkin bir uygulama alanına sahip bulunmaktadır.

AİHM, Sosyalist partinin kapatılması kararına⁸²⁹ karşı yapılan başvuruda, davalı partinin programında Türk ve Kürtlerden oluşan federatif bir yapının öngörülerek programın Türk Devletinin anayasal düzeni ve ilkeleriyle uyumlu olmamasının ve mevcut devlet düzenini sorgular nitelikte olsa dahi farklı programların önerilip tartışılmasının tek başına demokrasiye aykırı olmayacağını

⁸²⁷ TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLI, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2009, s. 140.

⁸²⁸ Üzerinde uzlaşmaya varılan TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu taslağının, 'Temel Hak ve Hürriyetlerin (Özgürlüklerin) Sınırlanması' başlıklı 41. maddesinde, ölçülülük, demokratik toplum düzeni gerekleri ve öze dokunmama güvenceleri varlığını devam ettirmektedir. TBMM'de grubu bulunan siyasi partilerin konuyla ilgili önerileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Barın, 2014, s. 30-32.

⁸²⁹ Söz konusu davada AYM, Parti genel başkanının ulusu, Türk ve Kürt ulusu şeklinde ikiye ayırmakla, Türkiye'de azınlıklar yaratılmasını ve sonuçta Türk ulusunun birliğine ve ülkenin bölünmez bütünlüğüne aykırı olarak bir Kürt-Türk Federasyonun kurulmasını savunduğunu belirterek, partinin kapatılmasının demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağına hükmetmiştir. 1991/2 E, 1992/1 K, 10.07.1992. Bkz. 25.10.1992 tarihli ve 21386 sayılı RG.

belirterek⁸³⁰ demokratik toplum düzeni gereklerinin ulusal hukuk düzeninden farklı bir içeriğe sahip olduğunu ortaya koymak suretiyle ulusal standartları aşan evrensel bir olguya işaret etmiştir. Başka bir ifadeyle, Mahkeme’ye göre demokratik toplum düzeni standartları, taraf devletlerin mevcut ulusal hukuk düzenlerine göre değil, demokrasinin evrensel ilke ve uygulamalarına göre belirlenmelidir. AİHM’nin bu yaklaşımı, Türk Hukukunda demokratik toplum düzeni gerekleri belirlenirken hangi demokrasinin, Anayasa’da standartları belirlenmiş olanın mı, yoksa evrensel demokrasinin mi dikkate alınacağı şeklindeki tartışmalara⁸³¹ da bir bakıma net bir cevap oluşturmaktadır.

AYM’nin AİHM’nin çizmiş olduğu bu perspektife aykırı olan bir kararında:⁸³² *“Yasakoyucu kimi hak ve özgürlükler için gerektiğinde yukarıda sözü edilen sebeplere dayanmak suretiyle demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı düşmeyecek sınırlamalar getirebilecektir. Burada sözü edilen demokratik toplum düzeniyle hiç kuşkusuz Anayasamızda gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeninin kastedildiğinde duraksamaya yer yoktur.”* denilerek ‘yerli’, ‘bize özgü’ bir demokrasi standardına vurgu yapılmakla birlikte sonraki kararlarında bu yaklaşımından vazgeçerek evrensel perspektife vurgu yapmıştır. Üstelik bunu, söz konusu bu karardan hemen sonra, devlet iktidarının sahip olduğu şiddet tekelinin somut olarak ortaya çıktığı ve kamusal nitelikli yetkinin bireylerin özgürlükleri ile en yüksek oranda karşı karşıya geldiği kolluk hizmetlerini düzenleyen 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun bazı maddelerinin değiştirilmesiyle ilgili açılan iptal davasında yapmış;⁸³³ kararında, evrensel olanı işaret etmemekle birlikte en azından ‘yerli’ demokrasi standardına dayanmamış; Kanunun bazı maddelerini özgürlükler bakımından Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmiştir.

Diğer taraftan demokratik toplum düzeni, hukuku da içine alacak şekilde demokrasinin evrensel ilkelerine bağlı kalarak toplum düzenini oluşturan diğer

⁸³⁰ Başvuru No: 804/1007, 25.05.1998, Kararın Türkçe çevirisi için bkz.

http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/20_1997_804_1007.pdf. e.t: 09.08.2012

⁸³¹ Söz konusu tartışmalar için bkz. Tanör/Yüzbaşıoğlu, 2009, s. 141; Uygun, 1992, s. 176; Atar, 2002, s. 129.

⁸³² 1985/21 E, 1986/23 K, 06.10.1986, AYMD, Sy.22, 1987, s. 224.

⁸³³ 1985/8 E, 1986/27 K, 26.11.1986, AYMD, Sy.22, 1987, s. 323 vd.

değerleri de kapsayan bütünsel bir yapıdır. Bu nedenle demokratik toplum düzeni bir yönüyle yerel iken bir yönüyle de evrensel niteliktedir.⁸³⁴

AİHS çerçevesinde AİHM, vermiş olduğu kararlarda demokratik toplum düzeni gereklerini ortaya koymaktadır. Bu güvencenin hangi unsurları içerdiğine geçmeden önce Sözleşme organlarının demokratik toplum düzeninin içeriğini belirleyip yorumlarken demokrasi anlayışında ortak bir Avrupa standardı oluşturma amacıyla olduklarını belirtmek gerekmektedir. AİHM, Belçika eğitim dili davasında bu hususu şöyle belirtmektedir:⁸³⁵ “...Sözleşme ve Protokol, Sözleşmecî devletlerin egemenlik alanlarında bulunan kişilerle ilişkilerinde bu Devletler tarafından uyulması gereken bazı uluslararası standartları ortaya koyan bir belgedir.” Nitekim doktrinde, AİHS bütün Avrupa ülkeleri tarafından onaylanmış ‘Avrupa Anayasası’ olarak nitelenmektedir.⁸³⁶ Ayrıca Sözleşme’nin giriş kısmında, taraf devletlerin düşünce birliği, ortak bir siyasi gelenek, ülkü, özgürlük ve hukuk devleti mirasına sahip oldukları belirtilerek demokrasi ve özgürlükler konusunda ortak bir Avrupa standardının olduğu baştan kabul edilmiştir.

Diğer taraftan demokrasi anlayışında bir Avrupa standardı oluşturulurken taraf ülkelerin başta anayasaları olmak üzere ulusal hukukları ve bu çerçevede ortaya çıkan uygulamaları, Avrupa genelindeki sosyal, siyasal ve hukuki gelişmeler de, Sözleşme organlarınca dikkate alınmaktadır.⁸³⁷ Bu husus, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansında Divan tarafından hazırlanan raporda şu şekilde dile getirilmiştir:” ...Divan bir kavramın Sözleşme’de kullanıldığı anlamdaki içeriğini somutlaştırırken, pek çok kez, Sözleşmecî devletlerin anayasalarına, mevzuatına ve içtihatlarına, bunların anayasa mahkemesi kararlarına, diğer uluslararası organların kararlarına... ve nihayet bizzat Sözleşme’de geçen uluslararası hukukun genel ilkelerine atıfta bulunmuştur.”⁸³⁸ AİHM bir kararında,⁸³⁹ hukuk devleti ve bu

⁸³⁴ Eren, 2004, s. 140.

⁸³⁵ Başvuru No: 1474/62, 09.02.1967. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=5>. e.t: 10.05.2012

⁸³⁶ FROWEIN, A Jochen, “İnsan Haklarının Çağdaş Yorumu” AYD, Sy.9, 1992, s. 111.

⁸³⁷ Uygun, 1992, s. 179.

⁸³⁸ Bkz. VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Avrupa İnsan Hakları Divanı Raporu, Ankara 1990, s. 268-269.

⁸³⁹ Golder/Birleşik Krallık, Başvuru No: 4451/70, 21.02.1975. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/>. e.t: 10.05.2012

çerçevede özgürlüklerin hayata geçmesi için İHEB ve Viyana Sözleşmesi'ne atıfta bulunmuştur.

AİHM, aşağıda belirtilecek olan kararlarından da anlaşılacağı üzere demokratik toplum düzeni gereklerinin bir tanımını yapmak yerine, bazı ilke ve değerler çerçevesinde yargısal bir denetim gerçekleştirmektedir. Doktrinde de bu yöntem desteklenerek, demokratik toplum düzeni gereklerinin genel, nihai ve kategorik formüllerle belirlenmesi yerine,⁸⁴⁰ ilkenin bir önerme olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Böylelikle ulusal ve uluslararası yargı organları ileride ortaya çıkacak yeni durumlar karşısında bir takdir ve serbesti alanına sahip olarak insan hakları alanındaki yeni gelişmelere ayak uydurabileceklerdir. Aksi halde 'kendi demokrasi anlayışı' olarak nitelenebilecek ve siyasal tercihlere müdahale imkânı veren, özellikle de çok partili siyasal düzenler için tehlike oluşturabilecek sonuçlar doğabilecektir.⁸⁴¹

AİHM, demokratik toplum düzeni gerekleri çerçevesinde, özgürlük, hoşgörü,⁸⁴² çoğulculuk,⁸⁴³ açıklık,⁸⁴⁴ azınlığın korunması,⁸⁴⁵ hukukun üstünlüğü⁸⁴⁶

⁸⁴⁰ Arslan, 2002, s. 225.

⁸⁴¹ Gören, 2000 (a), s. 117.

⁸⁴² Mahkeme bir kararında şöyle belirtmiştir: "İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun zorunlu temellerinden birini ve toplumun ilerlemesi ve her bireyin özgüveni için gerekli temel şartlardan birini teşkil etmektedir. 10. Maddenin 2. paragrafı uyarınca bu, kabul gören veya zararsız veya kayıtsızlık içeren "bilgiler" veya "fikirler" için değil, aynı zamanda kırıci, şok edici veya rahatsız edici olanlar için de geçerlidir. Bunlar, bir "demokratik toplumun" olmazsa olmaz çok seslilik, tolerans ve hoşgörünün gerekleridir." Sürek/Türkiye, Başvuru No: 24735/94, 08.07.1999, Kararın Türkçe çevirisi için bkz. http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/24735_94_2.pdf. e.t: 10.05.2012

⁸⁴³ Mahkeme, Herri Batasuna/İspanya kararında şöyle belirtmiştir: "Mahkeme'nin içtihadında da yerleşmiş olan prensibe göre; çoğulculuk olmadan demokrasi olmaz. Demokrasinin başlıca karakteristik özelliklerinden birisi, birbirlerini kaygılandırsalar ve rahatsız etseler dahi tartışılan konular üzerinde şiddete başvurmadan, diyalog yoluyla görüş alışverişinde bulunulabilmesi imkânıdır." Başvuru No: 25803/04, 30.06.2009, Kararın Türkçe çevirisi için bkz. <http://www.tohav.org/?bolum=aktivite&tur=sempozyum&no=56>. e.t: 10.05.2012

⁸⁴⁴ Mahkeme bir kararında şöyle belirtmiştir: "Denetim görevi Mahkeme'yi, 'demokratik bir toplumu' niteleyen ilkelere azami dikkat göstermeye zorlamaktadır. İfade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur. İfade özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen 'haber' ve 'düşünceler' için değil, ama ayrıca Devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz. Bu demektir ki, başka şeyler bir yana, bu alanda getirilen her 'formalite', 'koşul', 'yasak' ve 'ceza', izlenen meşru amaçla orantılı olmalıdır." Handyside/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5493/72, 07.12.1976. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=25>. e.t: 10.05.2012. AİHM, başka bir kararında; söz konusu bu özgürlüğün dolayısıyla da demokratik toplumun hayata geçebilmesi için, devletin sadece

gibi ilkeler üzerinde durmaktadır. Söz konusu bu ilkelerden çoğulculuk, doktrinde bireysel ve kurumsal olarak incelenmekte olup bireysel açıdan, farklı olma hakkını bireye tanırken kurumsal olarak ise, siyasal ve sosyal anlamda çoğulculuğu tanıyıp koruma şeklinde ortaya çıkmaktadır.⁸⁴⁷ Özellikle ideolojik alanda bir çoğulculuğu vurgulayan kurumsal çoğulculuk, anayasal bir devlet yapısında yasama, yürütme ve yargı organlarının, başka bir ifadeyle, kuvvetlerin ayrılığını gerektirmektedir. Bu çerçevede özellikle yargının kuruluş, yetki, çalışma esas ve usulleri bakımından diğer organlardan farklı bir temele oturmuş olması kurumsal çoğulculuğun en önemli özelliklerinden birini oluşturmaktadır.⁸⁴⁸

AİHM, zaman içinde sosyal hayatın çeşitli alanlara ilişkin birtakım çoğulculuk anlayışları geliştirmekte ve bunu kararlarına gerekçe olarak yansıtmaktadır. Özellikle de ifade özgürlüğü çerçevesinde siyasal çoğulculuk;⁸⁴⁹ ahlaki çoğulculuk,⁸⁵⁰ dinsel çoğulculuk,⁸⁵¹ eğitsel çoğulculuk,⁸⁵² kolektif özgürlükler

müdahale etmekten kaçınmasını yeterli görmemiş, bireylerin de birbirlerine yönelik olası müdahalelerine karşı pozitif tedbirler almayı taraf devletin Sözleşme çerçevesinde bir sorumluluğu olarak kabul etmiştir. Bkz. Dink/Türkiye, Başvuru No:2668/07, 14.09.2010. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/2668-07.pdf>. e.t: 10.05.2012

⁸⁴⁵ Young, Jonnes ve Webster/Birleşik Krallık, Başvuru No:7601/76, 13.08.1981. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=47>. e.t: 10.05.2012

⁸⁴⁶ AİHS'nin başlangıç hükümlerinde hukukun üstünlüğüne vurgu yapılmaktadır.

⁸⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. TURHAN, Mehmet, “Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeni Gereklere”, AYD, Sy.8, 1991, s. 412; GÖZLÜĞÖL, Vakkas, “Avrupa Kamu Düzeninin Bir Parçası Olarak Çoğulcu Demokrasinin Temel Gereklere”, HÜHFD, Sy.3, 2013, s. 65-72; Yokuş, 2002, s. 76.

⁸⁴⁸ Uygun, 1992, s. 180.

⁸⁴⁹ Örnek kararlar için bkz. s.198, dn. 843 ve 844.

⁸⁵⁰ Mahkeme, Lustig-Prean-Becket/ The United Kingdom davasında eşcinsel yaşam biçimine sahip kişilerin ordudan atılmasını AİHS'nin 8. maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir. Başvuru No: 31417/96 ve 32377/96, 27.09.1999. Kararın Türkçe çevirisi için bkz.[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58407#{"itemid":\["001-58407"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58407#{). e.t: 08.07.2014

Benzer nitelikteki bir başka davada ise, taraf devletlerin ahlaki konulara ilişkin takdir yetkisinin var olduğu kabul edilmekle birlikte bunun sınırsız olmadığı, AİHS'nin 8. maddesi çerçevesinde denetleneceği belirtilmiş; reşit olmuş bireyler arasındaki eş cinsel ilişkinin bir kanunla yasaklanarak suç haline getirilmesi 8. maddenin ihlali olarak değerlendirilmiştir. Başvuru No: 10581/83, 26.10.1988, Kararın Türkçe çevirisi için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-57547#{"itemid":\["001-57547"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-57547#{). e.t: 08.07.2014

⁸⁵¹ Mahkeme, Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye davasında Türkiye’de zorunlu ders olarak okutulan, ‘Din Kültürü Ve Ahlak Bilgisi’ dersinin din özgürlüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle kendisine yapılan başvuruya ilgili vermiş olduğu kararda, “Devlet’in eğitim ve öğretimle ilgili olarak üzerine düşen görevleri yerine getirirken, öğrencilerin, yersiz bir din benimsetme uğraşından uzak, sakin bir ortamda, dinle ilgili olarak eleştirel bir bakış oluşturmalarını sağlayacak şekilde müfredatta yer alan bilgilerin nesnel, eleştirel ve çoğulcu bir şekilde aktarılmasına dikkat edilmesi gerektiğine işaret etmektedir.” diyerek, nesnel ve çoğulcu bir nitelik taşımayan söz konusu öğretimin AİHS’nin 9. maddesini ve demokratik toplum düzeni gereklere ihlal ettiğine hükmetmiştir. Başvuru No: 1448/04, 09.10.2007. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/1448_04.pdf. e.t: 08.07.2014

alanında toplantı ve gösteri yürüyüşleri⁸⁵³ ile siyasi parti alanlarına⁸⁵⁴ ilişkin çoğulculuk kararlarda sıkça yer almaktadır. Bu çerçevede devletin, farklı siyasal görüş ve örgütlenmeler karşısında tarafsız bir yaklaşımdan uzak bir şekilde, eşit mesafede bulunmasını ifade eden siyasal tarafsızlık ilkesi de, demokratik toplum düzeninin vazgeçilmez unsurları arasında yer almaktadır.

Diğer taraftan ideolojik çoğulculuk özel olarak, iktidara gelme mücadelesi veren siyasi partilerin sayıca çokluğunu ifade etmektedir.⁸⁵⁵ AİHM'ye göre, devlet çoğulculuk ilkesinin nihai garantörü-güvencesidir.⁸⁵⁶ Bir ülke vatandaşlarının benimsemiş olduğu çeşitli düşünce biçimlerinin örgütlü temsilcisi konumundaki siyasi partilerin çoğulculuğu olmadan, ifade özgürlüğünün var olabileceğini düşünmek dahi mümkün değildir. Siyasi partiler yalnızca siyasal kurumlar aracılığıyla değil; aynı zamanda, başta medya olmak üzere değişik kitle iletişim araçlarıyla toplumsal hayatın her alanında savunmuş oldukları düşünce biçimlerini yansıtarak siyasal alanda yaşanan gelişme ve tartışmalara çok önemli bir katkıda bulunmaktadır ve bunlar demokratik toplum düzeni kavramının en temelinde yer almaktadır.⁸⁵⁷ Bu konuda tek sınır, demokrasinin, temel hak ve özgürlüklerin yok edilmesi amacıyla bir araç konumuna indirgenmemesidir. AİHM, TBKP kararında 20.07.1967 tarihli Alman Komünist Partisi kararına da atıfla başvuru partinin, amacının bir sosyal sınıf olarak işçi sınıfının başka sosyal sınıflar üzerinde egemenlik

⁸⁵² Mahkeme, Lautsi/İtalya davasında, devlet okulunda tüm duvarlarda İsa Peygamberin resminin olmasını, eğitim hakkının düzenlenmiş olduğu, 1No'lu Protokol'ün 2. maddesinin ihlali olarak değerlendirerek eğitsel çoğulculuğun önemine dikkat çekmiştir. Başvuru No: 30814/06, 03.11.2009. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-104040#{"itemid":\["001-104040"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-104040#{). e.t: 08.07.2014

⁸⁵³ Mahkeme, Oya Ataman/Türkiye davasında, izin alınmaksızın yapılan toplantı ve gösterinin kamu düzenini bozduğu gerekçesiyle polis tarafından dağıtılmış olmasını AİHM'nin 11. maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir. Kararda, şiddet içermediği sürece, bu tür toplantılara kamu otoritelerinin anlayışla yaklaşması gerektiği, toplantının hangi amaca hizmet ettiğinin önemli olmadığı, bu konudaki tek sınırın şiddete başvurulması olduğu belirtilerek çoğulculuk anlayışı ortaya konmuştur. Başvuru No:74552/01, 05.12.2006. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/74552-01.pdf>. e.t: 08.07.2014

⁸⁵⁴ Örnek karar ve değerlendirmeler için bkz. s. 280, dn.1164-1166; Türkiye aleyhine yapılan ve ihlal kararı ile sonuçlanan söz konusu başvurularda AİHM, siyasi partilere ilişkin çoğulculuğun sınırını, ilgili partinin şiddete olan yaklaşımının belirleyeceğini, şiddete başvurmadığı ya da bunu teşvik etmediği sürece siyasi partilere ilişkin bir yasaklama getirilemeyeceğini belirtmiştir.

⁸⁵⁵ Uygun, 1992, s. 181.

⁸⁵⁶ Lentia ve Diğerleri/Avusturya, Başvuru No:13914/88; 15041/89;15717/89, 24.11.1993. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57854#{"itemid":\["001-57854"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57854#{). e.t: 08.07.2014

⁸⁵⁷ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında 'Demokratik Toplum' Ölçütü", İçinde: Prof. Dr. A. Şeref GÖZÜBÜYÜK'e Armağan, Ankara 2005, s. 121.

ya da başka bir ifadeyle proleter bir diktatörlük kurmak olmadığına; parti hakkında, demokratik toplumun siyasal çoğulculuk, genel oy ve siyasal yaşama katılımı içeren gereklerine saygı gösterdiği şeklinde AYM tarafından yapılan tespitin önemli olduğuna, adının ‘komünist’ olmasının tek başına kapatma kararı verilmesini Sözleşme’ye uygun hale getirmeyeceğine; yukarıda belirtilen sınıra riayet edildiği sürece örgütlenme hakkının korunması gerektiğine hükmetmiştir.⁸⁵⁸

Diğer taraftan demokratik toplum düzeni, anılan tüm bu hakların çoğunluğa karşı korunmasını da gerektirmektedir. Çünkü çoğunluk tanımı gereği azınlığın varlığını da içermekte ve çoğunluğun hakkı azınlığın var olma hakkını da kapsamaktadır.⁸⁵⁹ Çoğunluk ilkesi, çoğunluğun azınlık üzerindeki tahakkümü anlamına gelmemektedir. Hukuk düzenleri yasama organındaki çoğunluk iradesi ile oluşturulsa bile, ancak her bireyin bu düzenin yaratılmasına katılmasına izin verilmesi halinde demokratik toplum düzeninin gerekleri yerine getirilmiş olacaktır. Azınlıkta kalanların hukuk düzeninin yaratılmasına katılımını engellemek, çoğulculuk ve demokratik toplum düzeni gerekleriyle bağdaşmaz.⁸⁶⁰

Son olarak ‘demokratik toplum düzeni’ kavramıyla birlikte anılan ‘gereklilik’ ibaresi üzerinde durmak uygun olacaktır. AİHM, gereklilik kavramının içeriğini bir kararında⁸⁶¹ belirlemiş ve bu konudaki yaklaşımını o tarihten itibaren de sürdürmektedir.⁸⁶² Mahkemeye göre, ‘gerekli’ nitelemesi, zorunlu kelimesiyle eş anlamlı olmadığı gibi, Sözleşme’nin 2/2. maddesinde yer alan ‘mutlaka gerekli’, 6/1. maddesindeki ‘kesinlikle gerekli’, 15/1 maddesindeki ‘durumun zorunluluklarının kesin olarak gerektirdiği ölçüde’ kavramları ile ortaya konmak istenen kesinliği ve toplumsal aciliyeti de ifade etmemektedir. Ancak, ‘kabul edilebilir’, ‘olağan’,

⁸⁵⁸ Başvuru No:133/1996, 30.01.1998. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/133_1996_752_951.pdf. e.t: 08.07.2014

⁸⁵⁹ Turhan, 1991, s. 412.

⁸⁶⁰ Gören, 2000 (a), s. 117; Turhan, 1991, s. 412.

⁸⁶¹ Handyside/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5493/72, 07.12.1976. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/>. e.t: 08.07.2014

⁸⁶² Benzer yöndeki bir başka karar için bkz. Dudgeon/Birleşik Krallık, Başvuru No: 7525/26, 22.10.1981. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. e.t: 08.07.2014
[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57473#{\"itemid\":\[\"001-57473\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57473#{\). e.t: 08.07.2014

‘yararlı’, ‘makul’ veya ‘arzu edilen’ kavramlarının sahip olduğu esnekliğe de sahip değildir. Toplumsal baskı haline gelmiş bir ihtiyaç durumunu anlatmaktadır.⁸⁶³

a.5. Olağanüstü Yönetim Usullerinde Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Güvencelerin Varlığı

Olağan-olağanüstü⁸⁶⁴ hal ayrımı, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasıyla ilgili olarak gerek uluslararası insan hakları sözleşmelerinde gerekse ulusal hukuk sistemlerinde ayrı bir düzenleme konusunu oluşturmaktadır. Meselenin anayasal devlet bakımından önemini de bu husus oluşturmaktadır. Her iki rejim, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin farklı esas ve usulleri içermektedir. Olağan rejimlerde hak ve özgürlüklerin sınırlandırma şartları özgürlükler lehine daha güvenceli bir şekilde düzenlenmişken, olağanüstü hallerde ise sınırlamalar daha esnek şartlara bağlanmıştır. Öyle ki sınırlamaya göre hak ve özgürlükler bakımından daha ağır bir durumu ifade eden bunların kullanılmalarının durdurulması veya askıya alınması öngörülebilmektedir. Hemen belirtilmelidir ki, olağan rejim kural, olağanüstü rejimler istisnai nitelikte ve bu nedenle de olağan rejim sürekli, olağanüstü rejimler geçici olmalıyken günümüzde kalıcı bir olağanüstü hal durumu söz konusudur. Doktrinde bu, 'kamp' olarak ifade edilmekte ve şu tespit yapılmaktadır:⁸⁶⁵ " *Kamp, istisna durumunun kurala dönüşmeye başladığı zaman açılan mekandır. Esas itibariyle gerçek bir tehlike durumu gerekçe gösterilerek hukuksal yönetimin geçici olarak askıya alınması olan istisnai durum, kampta daimi bir yer düzenlemesi şeklini*

⁸⁶³ Doktrinde, gerekli kavramıyla ifade edilmek istenenin, 'zorlayıcı' ve 'sıkıştıran bir toplumsal gereksinim' olduğu belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gölcüklü, 2005, s. 113.

⁸⁶⁴ Olağanüstü yönetim usulleri çeşitli şekillerde adlandırılmaktadır. Kriz durumları, istisnai haller veya rejimler, acil durumlar bunlardan bir kaçını oluşturmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. TANÖR, Bülent, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi", İçinde: İnsan Hakları, YKY, İstanbul 2000, s. 55; Türk Hukukunda 1982 Anayasası'na göre, olağanüstü yönetim usulleri, sıkıyönetim ve olağanüstü hal olmak üzere iki türdür. Olağanüstü hal, sivil nitelikli bir yönetim iken sıkıyönetim askeri bir rejim olmamakla birlikte bu gibi hallerde askeri makamların etkinliği belli alanlara özgü olarak artar ve bunlar sivil makamların önceden sahip olduğu bazı yetkileri devralarak bir takım faaliyetlerde bulunurlar. Sıkıyönetim komutanlıkları ve sıkıyönetim askeri mahkemeleri bunun en tipik örneklerini oluşturmaktadır.

⁸⁶⁵ AGAMBEN, Giorgio, Kutsal İnsan, Egemen İktidar ve Çıplak Hayat, Çev.: İsmail Türkmen, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2001, s. 220.

alıyor..." Buna göre, örneğin terörle mücadele kanunları süreç içinde en temel özellikleri olan "geçici"likten uzaklaşarak kalıcı bir hukuk halini almaktadır.⁸⁶⁶

Kanaatimizce, anayasal devlet ve onu hayata geçiren hukuksal araçlardan biri olan hukuk devletinin temel hak ve özgürlükler sisteminde, bireyin başta doğası gereği vazgeçilmesi, devredilmesi mümkün olmayan hakları olmak üzere sahip olduğu hak ve özgürlükleri korunmakta olup bu yönüyle de olağan-normal olan bir toplumsal hayat esastır. Bunun doğal bir sonucu olarak da özgürlükler kural, sınırlanmaları ise istisnaidir. Bu nedenle de anayasal devlet olmanın bir gereği olarak ulusal sınırlar içinde yer alan topluluğun gelecek ve güvenliğinin herhangi bir şekilde tehdit altında olmadığı olağan hallerde anayasa ve kanunlarla, bireylere tanınmış olan hak ve özgürlüklerde bir sınırlamaya gidilmesi söz konusu olamaz. Yine bu tür devletlerde yürütme organı ve onun uzantısı konumundaki idarenin bireysel hak ve özgürlükler karşısında sahip oldukları yetkiler kanunlarla belirlenerek özgürlükler lehine sınırlanmıştır. Ancak olağanüstü hallerde, olağan zamanlarda geçerli olan hukukun gerek barış ve düzeni sağlamada gerekse bunu korumada yeterli olmadığı varsayımı geçerli olduğu için olağanüstü yönetim usulleri altında temel hak ve özgürlükler daha farklı bir düzenlemeye tabi olur. Bu dönemlerde anayasalar ve kanunlarda yaşanmakta olan toplumsal kriz durumunun ortadan kaldırılması için kamusal makamlara temel hak ve özgürlüklere yönelik daha geniş müdahale imkânları tanınmıştır.⁸⁶⁷

Diğer taraftan, kanuni idare ilkesi gereği, yürütme, yasama organının anayasada öngörülen esas ve usullere riayet ederek çıkarmış olduğu kanunları uygulamakla görevli bir organ olmakla birlikte gerek yasamanın özellikle olağanüstü hal şartlarına göre daha ağır işlemesi gerekse toplumsal hayata ilişkin bütün olayların en ince ayrıntısına kadar kanunla düzenlenmesinin imkânsızlığı gibi nedenlerden dolayı, yürütme organına kanunla bir serbesti tanınması bir bakıma zorunluluk arzirmektedir. İşte hukukla yürütme ve idareye tanınmış olan bu serbest alana takdir yetkisi denmekte⁸⁶⁸ ve olağanüstü hallerde çok daha genişlemekte; yasama organı ve

⁸⁶⁶ Agamben, 2001, s. 221.

⁸⁶⁷ Tanör, 2000, s. 55.

⁸⁶⁸ HAZİR, Hayati, "*Olağanüstü Hal Rejimlerinin Hukuki Niteliği ve Pozitif Hukuk Düzeni Üzerindeki Etkisi*", SÜHFD, C.I,Sy.1, 1998, s. 35.

yasama işlemleri kural olma özelliğini kaybetmekte, yürütme ve yürütme işlemleri⁸⁶⁹ bunlar içinde de güvenlik ve kolluk⁸⁷⁰ öne çıkmaktadır. Böylelikle yürütme organı istisnai yetkilere sahip olmakta; fonksiyonel bakımdan diğer iki temel organa hatta yargı organına dahi üstünlük kazanmaktadır ki bu durum doktrinde ‘*anayasal diktatörlük*’ olarak da adlandırılmaktadır.⁸⁷¹ Bu şartlarda ise, devletin ve otoritenin alanı genişlemekte (kamu düzeni genişlemekte);⁸⁷² buna karşılık temel hak ve özgürlükler alanı daralmaktadır. Yürütme organı bütün bu yetkilerine dayanarak, olağanüstü halin niteliğine göre, temel hak ve özgürlüklerin bir bölümü veya tamamını özellikle de olağanüstü hale neden olduğu varsayılan haberleşme, seyahat, basın toplantısı ve gösteri, sendikal özgürlükler ve grev hakkı gibi hakları ortaya çıkan tehlikenin büyüklüğüne göre geçici bir süreyle sınırlı olmak üzere geniş ölçüde sınırlayabilecek, hatta gerekiyorsa kullanımlarını tamamen durdurabilecektir.

Anayasal devlet anlayışında nasıl ki olağan dönemlerde bir takım keyfiliklerin ortaya çıkması engelleniyorsa olağanüstü durumlar için de aynı yaklaşım söz konusu olmalıdır. Günümüzün hukuk devletini polis devletinden ayıran en temel özellik, koşullar önemli olmaksızın devletin tüm eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olması zorunluluğudur. Bu nedenle anayasal devletin temel hak ve özgürlükler düzeninde, olağanüstü hallerde de, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaların esas ve usulleri anayasalarda belirlenerek en üst düzeyde güvenceye kavuşturulmalı; özellikle de yürütmenin yukarıda bahsedilen yetkileri kazanması başta Anayasa olmak üzere kanunlarda düzenlenmiş olmalıdır.

Yürütme organına tanınmış geniş ve olağanüstü yetkiler ona kayıtsız şartsız olarak her istediğini yapma hakkı tanımaz. Yürütme organının bu konudaki yetkileri ne kadar geniş olursa olsun; bu, olağanüstü halin şartlarıyla sınırlı ve geçici olmalıdır. Ayrıca bu yetkileri kullananların hukuksal sorumluluğu devam etmelidir.⁸⁷³ Ayrıca doktrinde, olağanüstü halin devletin varlığının savunulması için en son başvurulması gereken bir çare olduğu, devletin olağan hukuksal araçlar ile kendisini savunma imkanı olduğu sürece bu çareye başvurmaya gerek olmadığı, bu

⁸⁶⁹ Tanör, 2000, s. 55.

⁸⁷⁰ Tanör/Yüzbaşıoğlu, 2009, s. 147.

⁸⁷¹ Hazır, 1998, s. 32.

⁸⁷² DAVER, Bülent, “*Fevkalade Haller ve Ferdi Hürriyetler*”, AÜSBFD, C.VII, Sy.1-4, 1952, s. 168.

⁸⁷³ Hazır, 2004, s. 104.

nedenle sadece olağanüstü hal sırasında alınan tedbirlerin değil, olağanüstü halin bizatihi ölçülülük ilkesine uygun olması gerektiği ifade edilmektedir. Buna göre, anayasal bir devlette sadece olağanüstü hal sırasında olağan hukuksal düzene dönüşü sağlayan araçlar meşru olarak kabul edilebilir. Olağanüstü hal tedbirleri normal duruma ve böylelikle önceki hukuksal düzene dönüş amacıyla uygulanmalıdır.⁸⁷⁴

Ancak bu şekilde olağanüstü hal yönetim usulleri hukuksal bir rejim haline gelebilir ve anayasal bir devlette uygulama alanı bulabilir. Özetle belirtmek gerekirse, olağanüstü hal rejimleri öyle bir hukuksal çerçeve içinde olmalıdır ki, ulusal sınırlar içinde yer alan topluluğun gelecek ve güvenliği ile bu topluluğun üyesi olan bireylerin özgürlükleri, adil bir denge içinde birlikte var olmalı, anayasalar bunun hukuksal şartlarını oluşturmalıdır.

Türk Hukukunda 1982 Anayasası'nın 15. maddesine göre olağanüstü hallerde, temel hak ve özgürlüklerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilecek, bunlar için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilecektir. Söz konusu maddede öngörülen, 'durdurma' ve 'güvenceleri' kaldırma yetkileri, belli anayasal şartlara uygun olarak kullanılmak zorundadır. Her şeyden önce yürütme elindeki bu yetkileri 'durumun gerektirdiği ölçüde' kullanacak, başka bir ifadeyle ölçülülük ilkesine uygun olarak hareket edecektir. Ayrıca uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerini de ihlal etmeyecektir. Diğer taraftan maddede sınırlı sayıda belirtilmiş olan hak ve özgürlükler bakımından bir takım sınırları bulunmaktadır (dokunmayacak, zorlamayacak, suçlamayacak). Ancak, olağanüstü hal şartlarında temel hak ve özgürlükler sınırlandırılırken, demokratik toplum düzeni gereklerinin değil de durumun zorunlu kıldığı gereklerin esas alınmış olması önemli bir eksikliktir.⁸⁷⁵ AİHM bir kararında,⁸⁷⁶ Türkiye'nin Güney Doğusunda, 'ulusun yaşamını tehdit eden' olağanüstü bir durumun varlığını işaret ettikten sonra,

⁸⁷⁴ GRZESZICK, Bernd, "Yazılı Olmayan Anayasa Hukuku", Çev.: Can Ünver, İçinde: Anayasa Teorisi, Lale Yayıncılık, Ed.: Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter, Çev.Ed.: İlyas Doğan, Ankara 2014, s. 453.

⁸⁷⁵ TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu taslağının konuyu düzenleyen 42. maddesinde de demokratik toplum düzeni gerekleri yerine durumun zorunlu kıldığı gerekler esas alınmıştır. 15. maddede yer alan söz konusu güvenceler varlığını devam ettirirken, kimsenin hak arama özgürlüğünün ortadan kaldırmayacağı ayrıca belirtilerek çekirdek alan genişletilmiştir. TBMM'de grubu bulunan siyasi partilerin konuyla ilgili önerileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Barın, 2014, s. 35-38.

⁸⁷⁶ Aksoy/Türkiye, Başvuru No: 21987/93, 18.12.1996. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. İHKAD, C.2, İstanbul Barosu Yayınları, Çev: Osman Doğru/Sibel İncoğlu, 1998, s. 255.

“Mahkeme, daha önceki birçok davada olduğu gibi, terör suçlarının soruşturulmasının, yetkililer bakımından özel problemler doğurduğu görüşünde olmasına rağmen, yargısal denetime tabi olmaksızın bir kimsenin ondört gün tutulmasını kabul edemez. Bu süre çok uzun bir süredir; ve başvurucuyu sadece kişi özgürlüğünün keyfi ihlaline karşı değil, işkenceye karşı da aciz durumda bırakmaktadır.” diyerek terörle mücadele şartlarının, bir kişinin yargısal makamlara çıkarılmaksızın ondört gün göz altında tutulmasını gerektirmediğine hükmetmiştir.

Diğer taraftan mutlak koruma altındaki hak ve güvencelerin varlığı vurgulanarak, dokunulmaz veya çekirdek bir alan öngörülmüş;⁸⁷⁷ temel hak ve özgürlüklerin en azından bir kısmı anayasal düzeyde olağanüstü halde bile güvenceye alınmıştır. 15. maddede bunlar şöyle sıralanmaktadır: Yaşama hakkı (savaş hukuku hariç), maddi ve manevi varlığın bütünlüğü (işkence ve kötü muamele vb. yasakları); vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanmama ve bunlardan dolayı suçlanmama; suç ve cezaların geriye yürümezliği; suçluluğu mahkeme kararıyla saptanana kadar kimsenin suçlu sayılamaması (masumiyet karinesi).Bütün bunlara rağmen Anayasa’da olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlüklerin kanun hükmünde kararname (KHK) ile düzenlenmesine izin verilmiş olması⁸⁷⁸ ve bu KHK’ların Anayasal yargının denetimi dışında bırakılmış olması (md.148) tüm bu güvenceleri etkisiz hale getirmekte; anayasal devlet gerekleri ile bağdaşmamaktadır.⁸⁷⁹

⁸⁷⁷ Tanör, 2000, s. 56.

⁸⁷⁸ TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu taslağının, TBMM’nin yetkilerini düzenleyen maddelerinden biri olan 83 maddesinde de olağanüstü yönetim usullerinde temel hak ve özgürlüklerin KHK’ler ile düzenlenebileceği öngörülmektedir. TBMM’de grubu bulunan siyasi partilerin konuyla ilgili önerileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Barın, 2014, s. 278-282.

⁸⁷⁹ Anayasa Uzlaşma Komisyonu taslağının Anayasa Mahkemesi’nin görev ve yetkilerini düzenleyen 119. maddesi incelendiğinde söz konusu KHK’lara yargı bağımsızlığı getiren bir düzenlemenin olmadığı görülmektedir. TBMM’de grubu bulunan siyasi partilerin konuyla ilgili önerileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Barın, 2014, s. 469-474.

B. KORUMA

1. Genel Olarak Temel Hak Ve Özgürlüklerin Korunması

Hak ve özgürlüklerin korunması esas itibarıyla devlete karşı yapılmaktadır. Devlete karşı koruma dendiğinde ise, devlet iktidarının bir kısım tezahür şekilleri olan eylem ve işlemleri yerine getiren organları teşkil eden yasama ve yürütmeye karşı koruma anlaşılmaktadır. Ancak temel hak ve özgürlüklerin korunması öncelikle devlete karşı korumayı işaret etmekle birlikte, çok yönlü bir kavram olduğundan, sadece devlete karşı değil onun dışındaki üçüncü kişilere karşı da koruma söz konusu olabilir. İnsanların kendi aralarındaki ilişkilerde de özgürlükleri tehlikeye düşebileceğinden üçüncü kişilere karşı da koruma olabilir. Dolayısıyla özgürlüklerin korunmasında bu iki tehlike göz önünde bulundurulmalıdır.⁸⁸⁰ Devlet, başta iktidarını temsil eden organlardan gelebilecek ihlal ve saldırılar olmak üzere, kendisi dışındaki başka kişi ya da gruplardan gelebilecek olan saldırıları da engellemek, bunu başaramadığı zamanda gerçekleşmiş saldırıları etkili bir yaptırıma bağlayacak hukuksal mekanizmayı kurmak zorundadır. Bu husus aynı zamanda temel hakların sınırını da çizmektedir. Örneğin Alman Anayasası'nda genel eylem özgürlüğü olarak nitelendirilen,⁸⁸¹ 'kişiliği özgürce geliştirme hakkı' nın sınırlarını çizen 2. maddede yer alan 'başkalarının hakları', temel hak ve özgürlüklerin sınırını teşkil etmektedir.⁸⁸²

Temel hak ve özgürlüklere yönelik tehdit ve ihlalin, devlet ya da onun dışındaki üçüncü kişilerden gelmesine göre devletin ödevlerinin niteliği de değişmektedir. Bu çerçevede devletin, saygı gösterme ve koruma şeklinde iki farklı ödevi bulunmaktadır. Saygı gösterme; devletin kamusal yetkiye dayanan tasarruflarıyla temel hak ve özgürlükleri ihlal etmesini engellerken; koruma, devlet dışındaki çeşitli güç odaklarını da içerecek bir şekilde, bireylerin temel hak ve

⁸⁸⁰ Akın, 1979, s. 408.

⁸⁸¹ CAN, Osman, "Üçüncü Kişilerden Kaynaklanan Temel Hak İhlallerinin Anayasaya Aykırılığının Tespitinde 'Neminem Laedere' İlkesi", HFSA, 8.Kitap, 2002, s. 43.

⁸⁸² Bkz.

<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20209-276.pdf>, s. 217. e.t: 09.07.2014

özgürlüklerine karşı yönelmiş olan tehdit ve ihlallerin devlet tarafından önlenmesi ve yaptırıma bağlanmasını sağlamaktadır. Sonuçta da bu iki ödev, tehdit ve ihlalin nerden geldiği önemli olmaksızın bireylerin özgürlüklerine yönelik her türlü hukuka aykırı müdahalenin engellenip yaptırıma bağlanması amacına yönelik⁸⁸³ olduğundan bu çalışmada saygı gösterme ödevi de koruma başlığı altında ele alınacaktır.

Diğer taraftan koruma ile saygı gösterme ödevi arasında etki bakımından bir fark vardır. Şöyle ki, söz konusu ödevlerin bir ‘dikey etki’, bir de ‘yatay etki’si bulunmaktadır. Dikey etki kendisini, devlet ile özel kişiler arasında gösterirken, yatay etki, özel kişiler arasında gösterir. Başka bir ifadeyle, dikey etki durumunda, temel hak ve özgürlüklerin yükümlüsü sadece ve sadece devlet iken bir temel hak ve özgürlüğün yatay etkisi varsa özel kişiler, diğer özel kişilerle olan ilişkilerinde onlara karşı bunları ileri sürme imkânına sahip olup yükümlü, devletin dışında diğer özel kişiler de olabilmektedir.⁸⁸⁴ Toplumsal yaşam içinde bireyler arasındaki özel ilişkilerde çeşitli nedenlerle güçlü konumdaki tarafın diğer tarafa, çoğunluğun azınlıktakilere yönelik dayatmaları, haksız davranışları olabilmektedir. Örneğin, yetişkinlerin çocuklarla, erkeklerin kadınlarla, toplumun geniş kesimlerinin o toplum içindeki azınlık yada marjinal konumdaki kişilerle olan ilişkilerinde hak ihlalleri günlük yaşam pratiği olarak ortaya çıkabilmektedir. Bu durumda, söz konusu ihlallerin durdurulması, mağdura yardım edilmesi ve doğabilecek ihlallerin doğmasının engellenmesi şeklinde çok yönlü tedbirlere ihtiyaç bulunmaktadır.⁸⁸⁵

Diğer taraftan, gerek doktrinde gerekse uygulamada insan haklarının kaynağı, tanımı ve nitelikleri arasında görüş farklılıkları olmasına rağmen korumanın, pozitif hukukun konusu olduğu hakkında görüş birliği bulunmakta olup uygulama da bu yönde gelişmiştir. İnsan haklarının kaynağı ve niteliğini açıklarken doğal hukuka başvuran doğal hukukçular da, hakların korunmasının pozitif hukukun konusu olduğunu kabul etmektedirler.⁸⁸⁶ Bu çerçevede devlet, bireylerin üçüncü kişilerden kaynaklanan temel hak ihlallerine karşı onları koruma, normları koyma ve bir kanuna dayanarak müdahale etme şeklindeki fonksiyonlarıyla, temel hak ve özgürlüklerin

⁸⁸³ Algan, 2007, s. 86.

⁸⁸⁴ Gözler, 2011, s. 538.

⁸⁸⁵ GEMALMAZ, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Beta Yayınevi, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş, İstanbul 2003, s. 706.

⁸⁸⁶ Eren, 2007, s. 73.

kendisine yüklemiş olduğu koruma görevini yerine getirmiş olmaktadır.⁸⁸⁷ Ayrıca devlet, söz konusu fonksiyonlarının mağdurlar bakımından yerine getirilmesi için onların harekete geçip bir girişimde bulunmasını bekleyemez. Sorumluluğu tek başına mağdurların üzerine bırakamaz. İşte bu noktada uluslararası insan hakları hukuku devreye girmektedir.⁸⁸⁸ Örneğin AİHS'nin 2. maddesinde yaşam hakkı güvence altına alınmış; devlet tarafından öldürülmeme ve hayata yönelik tehlike ve risklere karşı yine devlet tarafından etkili olarak korunma hakkını içerecek bir şekilde düzenlenmiştir.⁸⁸⁹ AİHM'ye göre kamusal makamlar bireylerin hayatına yönelmiş olan gerçek ve yakın bir tehlikenin varlığını biliyorlarsa veya somut koşullar bilmelerini gerektiriyorsa tehlikeyi engellemek için yetkileri dahilindeki makul tedbirleri almakla yükümlüdürler. Aksi halde Sözleşme'ye taraf devletin sorumluluğu söz konusu olacaktır.⁸⁹⁰

2. Ulusal/Uluslararası Koruma Farkı

a. Uluslararası Korumanın Ortaya Çıkışı

İnsan haklarının hiçbir yönden ayırım gözetilmeksizin tüm insanlığı kapsayacak şekilde uluslararası düzeyde korunmaya başlaması ve belirli kişi yada grupların yine belirli insan hakları ihlallerine karşı korunmasıyla sınırlı olmayan çok yönlü güvenceye kavuşturulması; buna yönelik mekanizmalar oluşturulması yeni bir olgu olup tarihi ancak geçen yüzyıla dayanmaktadır. Özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra savaş öncesinde yaşanan insanlık ayıpları nedeniyle insan haklarının etkin bir şekilde korunması ihtiyacı ortaya çıkmış bu durum uluslararası alanda hakların korunmasına yönelik norm, kurum ve mekanizmaların ortaya çıkışını hızlandırmıştır. İnsan haklarının uluslararası düzeyde korunmaya başlamasıyla, hak

⁸⁸⁷ Can, 2002, s. 45.

⁸⁸⁸ Gemalmaz, 2003, s. 707.

⁸⁸⁹ TANRIKULU, M. Sezgin, “İHAM Kararlarında ve Türk Hukukunda Yaşam Hakkı”, TBBD, Sy.66, 2006, s. 52.

⁸⁹⁰ Kılıç/Türkiye, Başvuru No: 22492, 28.03.2000. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/22492_93.pdf. e.t: 06.07.2013

ve özgürlükler alanında ülkelere göre değişen farklılıklar ortadan kaldırılarak bireyler uluslararası standartlarda belli haklara sahip olmuşlardır. Bu amacı gerçekleştirmek üzere XX. yüzyılın ortalarından itibaren çeşitli sözleşmelerle bölgesel veya uluslararası organlar-örgütler oluşturulmuştur. İnsan hakları, önce kuramsal düzeyde ortaya konmuş bunu, normatif nitelik kazanıp çeşitli hukuksal belgelerde düzenlenerek devlet tarafından kendi egemenliği altında bulunanlar bakımından ulusal düzeyde koruma takip etmiştir. İnsan haklarının uluslararası alanda korunmaya başlaması dinamik bir süreci ifade eden insan hakları hukuku alanında üçüncü aşamayı oluşturmaktadır.⁸⁹¹

Hak ihlaline uğrayan bireylere o zamana kadar temel ilke niteliğinde olan devletlerin üstünlüğü ilkesine aykırı olarak, vatandaşı ya da egemenliği altında⁸⁹² olduğu devlete karşı uluslararası koruma ve denetim mekanizmalarına başvuru hakkı tanınmıştır. Böylelikle artık belli bir grubun mensubu olarak değil, tek tek insanlar olarak başka bir ifadeyle birey olarak korunmaya başlamış, uluslararası hukukta hak öznesi niteliğini kazanmıştır.⁸⁹³ İnsan haklarının uluslararası düzeyde korunmaya başlaması uluslararası hukukun klasik olarak üzerine kurulmuş olduğu teorinin ortadan kalkmasına da neden olmuştur. Bu teoriye göre, devletlerin ulusal hukukları aracılığıyla düzenlenen ulusal mekan ile uluslararası hukukun düzenlemiş olduğu devletlerarası ilişkiler mekanı kesin ve net çizgiler ile birbirinden ayrılmıştır. Başka bir ifadeyle, böylelikle ulusal hukuk düzeni ile uluslararası hukuk düzeni arasındaki söz konusu bu ayrım ve ulusal-uluslararası hukuk düalizmi varlığını kaybetmiştir.⁸⁹⁴

⁸⁹¹ Doktrinde insan haklarının uluslararası alanda korunmaya başlamasını da kendi içinde üç aşamaya ayırarak inceleyen bir görüşe göre, İHEB ile insan hakları uluslararası hukuku oluşturulmuş sonrasında BM tarafından kurulan denetim ve koruma mekanizmaları ile bu alanda ortaya çıkan kurallara etkinlik kazandırılmıştır. Son aşamayı ise, denetim mekanizmalarının sivilleştirilip güçlendirme çabası meydana getirmektedir. GÜLMEZ, Mesut, "*İnsan Haklarının Uluslararası Korunmasında Sözleşme-Dışı Sistemler ve Türkiye*", İçinde: Türkiye'de İnsan Hakları, Ed.:Oya Çiftçi, TODAİ Yayınları, Ankara 2000, s.159-160.

⁸⁹² Doktrinde söz konusu bu aşamada devletlerin egemenliği ile insan haklarının uzlaştırılması çabalarının da yaşandığı ve AİHS'nin ulusal egemenlik ile insan hakları kavramının uzlaştırılıp bir arada formüle edildiği en başarılı girişim olduğu belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için kbz. ARSLAN, Zühtü, "*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında 'Demokratik Toplum'*", İçinde: Türkiye'de İnsan Hakları, Ed.:Oya Çiftçi, TODAİ Yayınları, Ankara 2000, s. 194.

⁸⁹³ Gülmez, 2000, s. 160.

⁸⁹⁴ İkinci Dünya Savaşı sırasında meydana gelen acı olaylar, ulusal hukuk düzenlerindeki en temel hukuk kuralını ihlal eden devletlerin, benzer bir şekilde uluslararası alanda da uluslararası hukuk kurallarını ihlal ettiklerini başka bir ifadeyle, ulusal hukuk ile uluslararası hukuk düzenleri arasında

Bu sürecin temel taşlarından birini BM'in kurulup İHEB'nin yayımlanması oluşturmuştur.

b. Uluslararası Korumanın Hukuksal Dayanağı

İnsan haklarının uluslararası düzeyde korunması düşüncesi beraberinde uluslararası insan hakları hukukunu da getirmiştir. Korumanın dolayısıyla da bu hukukun kaynağını, uluslararası anlaşma, teamül kuralları, uluslararası uygulamalar ve uluslararası yargı organlarının ya da bağımsız komitelerin içtihatları oluşturmaktadır.⁸⁹⁵ Bu çerçevede çeşitli sistemler bulunmaktadır. İlgili devlet herhangi bir insan hakları sözleşmesini onaylamamış olsa dahi, o sözleşmeleri kabul eden uluslararası kuruluş üyeliği nedeniyle, örneğin BM üyesi, Uluslararası Çalışma Örgütü Üyesi ya da Avrupa Konseyi Üyesi olarak denetlenebilir. Kaynağını üyelik ilişkisinden aldığından bu sistem sözleşme-dışı (anlaşma-dışı) olarak adlandırılırken⁸⁹⁶ diğer bir sistem ise doktrinde hukuksal bağımlılık sistemi⁸⁹⁷ olarak da belirtilen sözleşme-içi (anlaşma-içi) sistemdir. Herhangi bir insan hakları sözleşmesine taraf olan devlet bu sözleşmeyi kendi iç hukukuna uygun olarak onayladıktan sonra uluslararası denetime tabi olur. Bazı durumlarda onay işlemi tek başına yeterli olmayıp ilgili devletin, sözleşmede yer alan hakların ihlal edilmesiyle ilgili iddiaların incelenerek denetlenmesini kabul etmesi gerekmektedir. İnsan haklarının uluslararası düzeyde korunması ve denetimi, esas olarak iki şekilde işlemektedir. Bunlardan ilki, taraf devletlerin belli aralıklarla düzenli olarak sunmuş olduğu raporlara dayalı olarak işleyen sistemken diğeri, hak ihlaline uğrayan bireylerin ya da aynı sözleşmeye taraf başka devletlerin şikayetlerine bağlı olarak işleyen sistemdir.⁸⁹⁸

çok yakın bir ilişki ve etkileşim olduğunu ortaya koymuştur. GÖÇER, Mahmut, Uluslararası Hukuk ve İnsan Haklarının Uluslararası Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002, s. 19-20.

⁸⁹⁵ Göçer, 2002, s. 21.

⁸⁹⁶ Gülmez, 2000, s. 162.

⁸⁹⁷ Bkz. Kapani, 2011, s. 92.

⁸⁹⁸ Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Gülmez, 2000, s. 162-190.

c. Ulusal Korumanın Anayasal Devlet Bakımından Önemi

İnsan haklarının uluslararası hukukta korunması, ulusal korumadan ayrı ve ondan bağımsız bir şekilde gerçekleşemez. Günümüzde insan haklarının korunması kavramından anlaşılması gereken, ulusal ve uluslararası hukuk bütünselliğinde karşılıklı işbirliği ve dayanışma esasına dayanan bir hukuk sistemidir.⁸⁹⁹ Dolayısıyla konumuz bakımından karmaşık ve çok yönlü bir denge söz konusudur. Genel olarak insan hakları hukuku, özel olarak da bu hakların korunması meselesi gerek ulusal gerekse uluslararası hukukun ayrılmaz bir parçası haline gelmiş olup her iki hukuk dalı arasındaki bir bölgede yer almaktadır.⁹⁰⁰ Başka bir ifadeyle, insan hakları bir yönüyle ve ağırlıklı olarak ulusal hukukun konusuyken diğer bir yönüyle de uluslararası hukukun konusunu oluşturmaktadır.⁹⁰¹

Anayasa yargısının ortaya çıkışıyla birlikte etkin bir varlık kazanan hukuk devleti ve insan haklarının korunması konusunda var olan ‘Anayasaya Uygunluk’ ilkesine, ‘Uluslararası Hukuka Bağlılık’ ilkesi de eklenmiş, böylelikle insan haklarının korunmasında önemli bir aşama kaydedilmiştir.⁹⁰² Bütün bu nedenlerle insan hakları, söz konusu bu üç düzeyi birbirine bağlayarak dünya normatif sistemi içinde çok önemli bir yeri olan bütünleştirici olma fonksiyonunu yerine getirmektedir.⁹⁰³ Başka bir ifadeyle insan hakları hukuku, ulusal hukuk/uluslararası hukuk bütünleşmesine dayanmaktadır.⁹⁰⁴ Söz konusu bu bütünleşme ne kadar başarılı olursa o oranda insan hakları koruma mekanizmaları fonksiyonel bir nitelik kazanacak; etkinlikleri artacaktır.⁹⁰⁵ Bununla birlikte, uluslararası hukuk kuralları

⁸⁹⁹ Eren, 2007, s. 78.

⁹⁰⁰ GALTUNG, Johan, Bir Başka Açıdan İnsan Hakları, Çev.: Müge Sözen, Metis Yayınları, İstanbul 1999, s. 20.

⁹⁰¹ İHEB’nin bireylere, içerdiği hak ve özgürlüklerin gerçekleştiği bir sosyal ve uluslararası düzen hakkı tanıyan 28. maddesi şu şekildedir: “Her kişinin Bildirgede açıklanan hak ve özgürlüklerin tam olarak gerçekleştirilebileceği bir düzenin, sosyal ve uluslararası planlarda egemen olması hakkı vardır.” Çeşitli şekillerde de belirtildiği gibi Bildirge, uluslararası hak ve özgürlükler düzenin gerçekleştirilmesini isteme hakkını tüm insanlara tanımakla, devletin egemenlik alanı sınırlarında kalan ve bir iç-ulusal hukuk sorunu sayılan insan haklarını, uluslararası hukuka sokmuş; uluslararası hukuk alanında yeni bir hukuk dalının doğuşuna düşünsel temel oluşturmuştur. GÜLMEZ, Mesut, Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması, TBBY, Ankara 2004, s. 17.

⁹⁰² GÜMÜŞ, Ali Tarık, “Avrupa Birliği’nde İnsan Haklarının Korunması”, SÜHFD, C.12, Sy.3-4, 2004, s. 161.

⁹⁰³ Galtung, 1999, s. 20.

⁹⁰⁴ AKILLIOĞLU, Tekin, İnsan Hakları Kavram Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, İmaj Yayınevi, Ankara 2010, s. 97.

⁹⁰⁵ Gemalmaz, 2003, s. 704.

ulusal hukuk sistemine dahil edilmedikçe yada iki hukuk düzeni arasında çeşitli şekil ve yöntemlerle ilişki kurulmadıkça anayasalarda düzenlenerek anayasal değer taşımalarının bir anlamı yoktur. Bu nedenle söz konusu iki hukuk düzeni arasında bağlantı kurulması özgürlüklerin korunması bakımından oldukça önemlidir.⁹⁰⁶ Bu husus, Türk Hukuku'nda 1982 Anayasası'nın 90. maddesinin son fıkrasında düzenlenmiştir.

Hemen belirtmek gerekir ki, her ne kadar insan haklarını devletlerin inisiyatifinden kurtararak onu ulusal-üstü bir koruma altına alıp bunlara ilişkin standartları belirlemek üzere bölgesel ve evrensel örgütler kurulmuşsa da insan haklarının asıl ve öncelikli olarak korunması, ulusal hukuk düzenlerinin görevidir⁹⁰⁷ ve insan haklarını gerek devlete gerek üçüncü şahıslara karşı korumada en temel güvenceyi, kuvvetler ayrılığına, insan haklarına ve hukuk devletine dayalı bir ulusal hukuk sistemi dolayısıyla da anayasal devletin varlığı oluşturmaktadır.

Söz konusu örgütler aracılığıyla ortaya konan bu standartlar, aslında ulusal hukuk sistemleri için korumanın minimum standardını oluşturmaktadır.⁹⁰⁸ Uluslararası koruma mekanizmaları ulusal makamlar için sadece hem maddi hem de yönetsel açıdan yol gösterici bir role sahiptirler.⁹⁰⁹ Bir devlet bu örgütlere üye olmakla söz konusu organlar, insan hakları normunun kaynağı haline gelmektedir. Devlet kabul etmiş olduğu bu normlarla bir değerlendirilmeye tabi tutulacak; böylelikle de sadece uluslararası alanda meşruluk kazanmış olacaktır.⁹¹⁰ Anayasal devlete düşen görev, hiçbir şekilde uluslararası standartların altına düşmeyen daha üst düzeyde bir korumayı gerçekleştirecek hukuk sistemini kurmaktır. İşte bu nedenlerle uluslararası koruma, ulusal korumayı tamamlayıcı, ikincil, yedek nitelikte bir korumadır.⁹¹¹ Anılan özelliklere insan hakları hukuku dışındaki diğer alanlarda aynı yoğunlukta rastlamak mümkün değildir.⁹¹² Bu yönüyle uluslararası korumayı, ulusal hukukun yanında yer alan uluslararası alanda da koruma olarak nitelendirmek

⁹⁰⁶ AKILLIOĞLU, Tekin, “*Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukukta Yeri ve Değeri*”, İçinde: Tarık Zafer Tunaya'ya Armağan, İstanbul Barosu Yayını, 1992, s. 47-48.

⁹⁰⁷ YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, “*İnsan Haklarının Ulusal Düzeyde Korunması*”, İçinde: İnsan Hakları, YKY, İstanbul 2000, s. 397.

⁹⁰⁸ Eren, 2007, s. 80.

⁹⁰⁹ ALTIPARMAK, Kerem, “*Türkiye’de İnsan Haklarında Kurumsallaş(ama)ma*”, İçinde: Bürokrasi ve İnsan Hakları, TBBY, Ankara 2007, s. 57.

⁹¹⁰ Galtung, 1999, s. 20.

⁹¹¹ Yüzbaşıoğlu, 2000, s. 397.

⁹¹² Akıllıoğlu, 2010, s. 98.

mümkündür.⁹¹³ Kanaatimizce, anayasal devlet insan hakları doğrultusunda egemenliğinden bir takım tavizler vermişse de bu istisnai bir durum olup; kural, onun egemenlik yetkilerini kullanarak insan haklarına uluslararası standartların da üzerinde bir koruma sağlamasıdır.

XX. yüzyılın ikinci yarısından itibaren kurumsallaşmaya başlayan söz konusu örgütlerin insan haklarının korunması konusunda yeterli seviyeye ulaşamamış olmaları da tüm bu düşünceleri doğrulamaktadır.⁹¹⁴ Bu çerçevede, AİHS de ulusal hukuk sistemlerinde yer alan koruma mekanizmalarının yerini almayı amaçlayan bir sistem kurmamıştır. Aksine, AİHM'nin pek çok kararında, Sözleşmeyle ortaya konmak istenen sistemin ulusal hukuku tamamlayan, ikincil niteliğine dikkat çekilmiştir.⁹¹⁵ Uluslararası korumanın ikincil koruma olması ise iki anlama gelmektedir. Bunlardan ilki, bir öncelik-sonralık ilişkisine dayanmakta olup;⁹¹⁶ insan haklarına yönelik bir ihlalin varlığı halinde uluslararası korumaya, ancak ve ancak ulusal hukukun öngörmüş olduğu koruma yollarıyla bir sonuç alınamaması; ihlalin giderilememesi üzerine başvurulabileceği anlamına gelmektedir.⁹¹⁷

Düzenlemiş olduğu haklar bakımından uluslararası alanda bugüne kadarki en etkili koruma mekanizmasını oluşturmuş olan AİHS başta olmak üzere, bireysel başvuru yolunu kabul etmiş olan diğer tüm uluslararası sözleşmeler, öncelikle iç hukuk yollarının tüketilmiş olmasını en temel başvuru şartı olarak öngörmektedirler. Ayrıca bir temel hak veya özgürlüğü ihlal ettiği iddia edilen devlet aleyhine uluslararası bir örgüte başvuru yapılabilmesi, devletin ilgili hakkın koruma altına alındığı sözleşmeyi ve bazen de sözleşmeye ek olarak kendisine yönelik başvuru yolunu öngören düzenlemeyi kabul etmiş olması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, ihlale uğramış mağdur konumundaki bireylerin söz konusu başvuruyu yapmak bakımından ortaya çıkan iradesi, ancak vatandaşı olduğu devletin buna izin veren önceden beyan edilmiş bir iradesi varsa önem ve işlerlik kazanmaktadır. Yani mağdurların uluslararası alanda hak arama iradesi şartlı bir nitelik taşımaktadır. Bu

⁹¹³ Algan, 2007, s. 155.

⁹¹⁴ ÇELİKİYAY, Hakan Sabri, “*Ulusal İnsan Hakları Kurumları ve Türkiye*”, İçinde: Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları, Der.: Selda Çağlar, Beta Yayınları, İstanbul 2010, s. 447.

⁹¹⁵ BIÇAK, Vahit, “*Uluslararası İnsan Hakları Normlarının Yorum Organı Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Kararlarının Türk Hukukunun Gelişimine Katkısı*”, AYD, Sy.17, 2000, s. 114.

⁹¹⁶ Algan, 2007, s. 156.

⁹¹⁷ ÜNAL, Şeref, Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 1997, s. 103.

durum, yukarıda bahsedilen ulusal/uluslararası hukuk bütünleşmesinin konumuz bakımından da önemini ortaya koymaktadır.

Uluslararası korumanın ikincil nitelikte olmasının diğer anlamı ise söz konusu korumanın etkililiğiyle ilgili olup, uluslararası örgütlerin sahip olduğu imkânlar ile açıklanmaktadır. Buna göre devlet, elinde bulundurduğu şiddet tekeli ile çok önemli bir güç olarak ortaya çıkmakta; buna bağlı olarak da bu kurumun elinde temel hak ve özgürlükler konusunda çok önemli imkânlar bulunmaktadır.⁹¹⁸ Anayasal devlet tarafından kendi iç hukuk sistemi aracılığıyla sağlanan ulusal korumada, konuyu düzenleyen kuralların ihlali halinde, bunu gerçekleştirenlere karşı, ilgili kuralın niteliğine göre, özel veya kamu özellikle de anayasa hukukuna özgü yaptırımlar uygulanabilmektedir. Uluslararası insan hakları örgütlerinin ise egemenlik yetkisinden kaynaklanan bu türden imkânları bulunmamaktadır. Bu örgütler insan haklarına ilişkin fonksiyonlarını doğrudan doğruya yerine getiremezler. Bunlar daha çok, insan haklarına ilişkin bir sözleşmenin işleyişi ile ilgili sekreteryaya hizmetlerini yürütmek, özellikle taraf devletler bakımından uygulamada ortaya çıkan sorunları tespit edip çözüm önerileri getirmek, tüm bu gözlem ve denetlemeler sonucunda belli periyodlar halinde raporlar hazırlayıp uluslararası kamuoyunun dikkatini bu alana çekerek farkındalık yaratmak fonksiyonuna sahiptirler ve zaten bu amaçla oluşturulmuşlardır. Ayrıca unutulmamalıdır ki çeşitli şekillerde de belirtildiği üzere insan haklarının asıl sorumlusu devlettir.

Diğer taraftan, bir devletin ulusal hukuk sistemi tarafından oluşturulmuş olan hak ve özgürlükleri koruma mekanizmalarının işlerlik kazanması, söz konusu devletin ulusal hukukunun geçerli olduğu egemenlik alanında bulunan herkes için söz konusudur. Bu husus ulusal korumanın ‘genel’ olma niteliğini ifade etmektedir.⁹¹⁹ Anayasal devlet, evrensel standartların ortaya koymuş olduğu tüm hakları vatandaşlarına tanıyarak ulusal korumanın genel niteliğini en üst seviyelere çıkarmakla sorumludur. Ancak, herhangi bir uluslararası koruma mekanizmasının aynı devletin ihlale uğramış vatandaşının mağduriyetini giderebilmesi için, çeşitli şartların oluşması gerekmektedir. Başvuru konusu ihlalin ilişkili olduğu hakkın uluslararası sözleşme tarafından düzenlenerek koruma altına alınmış olması, ilgili

⁹¹⁸ Algan, 2007, s. 156.

⁹¹⁹ Algan, 2007, s. 159.

devletin söz konusu sözleşmeyi onaylayarak kendisi açısından bağlayıcılığını kabul etmiş olması, ihlalin, bireysel başvuru mekanizmasının o devlet tarafından onayından sonra meydana gelmiş olması bu şartların bazıları olarak belirtilebilir. Anılan son şart, uluslararası sözleşmelerin zaman bakımından geçerliliği ile ilgili olup ulusal korumanın sahip olduğu ‘süreklilik’ özelliğinin uluslararası korumada daha zayıf nitelikte olduğunu ortaya koymaktadır.

Örneğin İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme ve çok sayıda ek protokolden oluşan AİHS’nin sağlamış olduğu uluslararası koruma mekanizması ancak, tüm bu metinlerde düzenlenmiş olan hak ve özgürlükler bakımından işlerlik kazanmaktadır. Sözleşmede herhangi bir şekilde düzenlenip koruma altına alınmamış hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiasına ilişkin başvurular, AİHM tarafından yetkisizlik gerekçesiyle reddedilmektedir. AİHM’nin çeşitli kararlarında da⁹²⁰ vurguladığı gibi, bir uluslararası sözleşme ve bu arada AİHS, bir devleti ancak kendisi açısından yürürlüğe girdiği tarihten sonra meydana gelen olaylar bakımından bağlayıp sorumluluk altına sokar. Söz konusu ilke, bireysel başvuru hakkının işletilebilmesi bakımından da geçerlidir. AİHM, Mansur-Türkiye davasında,⁹²¹ başvurunun konusunu oluşturan davanın, Türkiye’de yapılan yargılamasının makul sürede olup olmadığının denetiminde, Türkiye’nin AİHM’nin yetkisini kabul ettiği 22 Ocak 1990 tarihini esas almış, sürenin tespitini bu tarihe göre yapmıştır. Kanaatimizce, anayasal devlet; ulusal ve uluslararası hukuk bütünselliğinde temel hak ve özgürlüklere tanınan korumada, ağırlıklı yeri işgal edip böylelikle uluslararası korumayı oldukça istisnai bir hale getirmekle sorumlu olan devlettir.

3. Anayasal Devlette Yeni Ulusal Koruma Mekanizmaları

Devlet egemenliğinin tezahür şekillerinden olan yasama ve yargı yetkisinden kaynaklanan tasarrufların, yürütme ve onun bir uzantısı olan idare tarafından hayata

⁹²⁰ X/Almanya, Başvuru No: 220/56, 15.07.1967; X/İsviçre, Başvuru No: 7211/75, 06.10.1976; X/İsviçre, Başvuru No: 6916/75, 08.10.1976. e.t: 05.09.2014

⁹²¹ Kararın Türkçe çevirisi için bkz. http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/14_1994_461_542.pdf. e.t: 05.09.2014

geçirilecek olması, 1970’li yıllardan itibaren başlayan güçlü yürütme anlayışı,⁹²² anayasalarda yürütme organının sadece bir ‘görev’ değil aynı zamanda bir ‘yetki’ olarak düzenlenmiş olması, idari yapının gittikçe merkezileşmesi, klasik kuvvetler ayrılığının dönüşmesi, siyasal iktidarın kişiselleşmesi, muhalefetin zayıflaması, özellikle de idarenin hem görevlilerinin hem mal ve gelirlerinin farklı bir korumaya alınıp kolluk güçlerine son derece geniş yetkiler verilmiş olması gibi çeşitli nedenler dolayısıyla hemen hemen bütün ülkelerde bu arada ülkemizde de insan hakları, devletin diğer organlarından daha çok yürütme ve idarenin eylem ve işlemleriyle karşı karşıya kalmaktadır. Bu durum, yürütmeyi, özel olarak da idareyi, insan hakları karşısında oldukça güçlü bir konuma getirmektedir.⁹²³

Yürütme organı ve onun bir uzantısı olan idarenin insan hakları ilişkisi de her zaman çelişkiler taşıyan bir ilişkidir.⁹²⁴ Yürütme, gerek insan hakları ihlalleri gerekse bu hakların korunması ve hayata geçmesi bakımından çok etkili bir konumdadır. Yürütme-insan hakları ilişkisinin bu niteliği, devletin insan haklarına ilişkin olan ve aslında birbiriyle çelişen iki konumuyla da paralellik taşımaktadır. Çeşitli şekillerde belirtildiği üzere devlet insan haklarının hem başlıca yükümlüsü hem de en önemli potansiyel ihlal edicisidir. Bir tüzel kişilik olarak devletin temel hak ve özgürlüklere ilişkin yükümlülüklerini somut olarak yerine getiren onun organları sıfatıyla yürütme organı ve idare olduğu için söz konusu çelişki yargısı yürütme ve dolayısıyla da idare organı içinde geçerlidir. Başka bir ifadeyle yürütme, temel hak ve özgürlüklerin gerek gerçekleştirilmesi gerekse korunması bakımından çok önemli fonksiyonları yerine getirdiği gibi, bunlarla bağdaşmayacak şekilde en ağır ihlalleri de gerçekleştirme potansiyeline sahiptir.

⁹²² Doktrinde etkin yürütme olarak da adlandırılan güçlü yürütme, güç (etkin olma) ve istikrar (süreklilik) ölçütlerinin bir araya gelmesiyle tanımlanmaktadır. Yürütme organının, bu fonksiyonu yerine getirebilmesi için, yeterince güçlü olmasının yanında, bunu kısa sürede değil de geniş bir zamana yayacak ölçüde süreklilik yani istikrar niteliğini taşıması da gerekmektedir. Güçlü ve etkin olmak, elbette ki çok kısa süreli otorite gösterisi biçiminde kabul edilen bir olgu değildir. Ortalama ve makul bir zaman dilimi içinde süreklilik arzeder boyuta ulaşmış bir güce sahip olan hükümetler, üstün yürütme olgusunun gerektirdiği niteliklere sahip sayılırlar. GÜL, Cengiz/KARAGÖZ, Kasım, “Çağdaş Siyasal Rejimlerde Etkin Yürütme Olgusu”, GÜHFD, C.VI, Sy.1-2, 2007, s. 714-715.

⁹²³ KALABALIK, Halil, “İdarenin Kolluk Faaliyetleri Karşısında İnsan Haklarının Durumu ve Korunması”, İçinde: Türkiye’de İnsan Hakları, Ed.: Oya Çiftçi, TODAİ Yayınları, Ankara 2000, s. 324.

⁹²⁴ Altıparmak, 2007, s. 54.

Yürütme organından insan haklarına yönelebilecek tehditler, anayasal devletin ulusal hukuk sistemi içinde çeşitli yollarla önlenmeye çalışılmaktadır. Yürütmenin bizzat kendi içinde denetlenmesi ve siyasal denetim geleneksel denetim yollarıdır. Ancak yürütmenin kendi kendini denetlemesi sırasında zaman zaman kendini koruyacak şekilde hareket etmesinin kuvvetle muhtemel olması; yürütmeye kaynaklık eden organın yasama olması nedeniyle siyasal denetimin objektif nitelikte olmasının taşıdığı zorluklar gibi nedenler dikkate alındığında farklı türden önlemlerin alınması gereği ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle günümüzün anayasal devletlerinde, kuvvetler ayrılığının özellikle yargı bağımsızlığı anlamında tüm yönleriyle gerçekleşmiş olması; yürütme ve idarenin tüm eylem ve işlemlerinin etkili bir yargısal denetime tabi olması; idarenin, yol açtığı zararlardan dolayı mali sorumluluğunun olması ve bazı ülkelerde ombudsman (kamu denetçisi) adı verilen bir kişinin görevlendirilmesi gibi önlemler alınmaktadır. Bu çerçevede çalışmada, ombudsman ve insan hakları komisyonları ile benzeri birimler ele alınacaktır. Diğer taraftan XX. yüzyıl öncesinde özgürlüklere karşı yönelen tehlikenin tek kaynağı olarak monark-krallar görülmüş olduğundan özgürlük mücadelesi de hep monarka karşı yürütülmüştür. Yasama yetkisini, adeta bütün kötülüklerin kaynağı olan monarktan alıp, halkın temsilcilerinden oluşan ve bölünmez, devredilmez, vazgeçilmez, yanılmaz genel iradeyi temsil eden parlamentoya vermek özgürleşmekle aynı anlama gelmekteydi. Genel iradenin ürünü olan kanunlar ise özgürlükle eş değerdі.⁹²⁵ Bu düşünce, özellikle Hitler Almanya'sı ve Mussolini İtalya'sı gibi insan hakları ihlallerinin vahşet boyutunu kazandığı yaşanmışlıklardan sonra sorgulanmaya başlamıştır. Bunlar, genel irade diye kutsananın, aslında çoğunluğun iradesinden başka bir şey olmadığını ve seçimle gelen çoğunluğun da, bir takım hukuksal önlemler olmadan krallardan farksız bir şekilde insan hakları ihlallerini gerçekleştirebileceğini göstermiştir.

II. Dünya Savaşı'ndan sonra ister kraldan, ister seçimle iş başına gelen çoğunluktan gelsin fark etmeksizin önemli olanın insan haklarını korumak olduğu anlaşılmış; özgürlüklerin belirleyici olduğu yeni bir ulusal ve uluslararası hukuk düzenine geçilmiştir. Bu çerçevede, temel hak ve özgürlükleri seçimle gelen çoğunluklardan gelebilecek tehlikelere karşı korumak için alınan önlemlerden ilki,

⁹²⁵ Yüzbaşıoğlu, 2000, s. 398.

temel hak ve özgürlüklerin tanınması ile bunların sınırlanma neden, yöntem ve ölçütlerinin bir güvence düzeni oluşturacak şekilde ve yasama organının iradesi olan kanunların yerine anayasalarda düzenlenmesidir. Temel nitelikte olan diğer bir önlem ise, seçimle gelen çoğunluğun başta kanunlar biçiminde ortaya çıkan iradesini anayasaya uygunluk bakımından denetleyen Anayasa Mahkemelerinin kurulmasıdır. Böylelikle yasama organının, yasama işlemleri yoluyla olası insan hakları ihlallerine karşı en üst düzeyde korunma imkânı sağlanmış olmaktadır. Bireyleri, kamu otoritelerinin kamusal yetkiye dayalı eylem ve işlemlerinden gelebilecek insan hakları ihlallerine karşı korumanın etkili yollarından biri de Anayasa Mahkemelerine yapılacak bireysel başvurudur. Aslında tüm bu önlemlerle birlikte anayasal devlet hayata geçirilmiş olmaktadır. Bu iki kurum çalışmanın ileriki bölümlerinde ele alınacaktır.

Siyasi bir nitelik taşımakla birlikte insan haklarını, yasama organına karşı koruyan diğer mekanizma, Dilekçe Komisyonu, İnsan Hakları İnceleme Komisyonu gibi sürekli-geçici komisyonlardır. Diğer taraftan kural olarak, insan haklarının yargıya karşı korunmasını gerektirecek şekilde bir ihlal kaynağı yoktur. Çünkü yargı organı, insan haklarının en önemli güvencesi ve koruyucusudur. Ancak hemen belirtilmelidir ki, kanaatimizce söz konusu bu kuralın varlığı yargının her şeyden önce bağımsız; bağımsızlık tarafından gerçekleştirilmesi gereken bir amaç olarak da tarafsız olmasına bağlıdır. Söz konusu nitelikleri taşımayan bir yargı, iktidarların elinde en önemli insan hakları ihlali aracına dönüşecektir. Ayrıca, ülkemizde tutuklama tedbiri örneğinde görüldüğü gibi, özgürlük bilinci gelişmemiş; devleti koruma refleksi ile hareket eden bir yargı da aynı derecede temel hak ve özgürlükler bakımından büyük bir risk oluşturmaktadır.

Yasama ve yürütmenin fonksiyonlarına karşılık, insan haklarını korumada yargı organlarının etkin rolüne yukarıda değinilmişti. Temel hak ve özgürlüklerin yargı yoluyla korunması, koruma sistemleri içinde en etkili olandır. Anayasal devletin bir gereği olarak hak ve özgürlüklerin korunmasında, öncelikle ulusal hukuk sisteminde yer alan hukuksal düzenlemelerle önleyici tedbirler alınır. Buna rağmen bir hak ihlali ortaya çıkarsa, ilgili hak ve özgürlüğün yargı kararıyla yeniden inşa edilmesi ve ortaya çıkan zararın telafi edilmesi sağlanır. Yargı organlarının bu önemli fonksiyonu yerine getirebilmesi için, yargıda güvence unsuru olarak var

olması gereken bazı nitelik ve özellikler bulunmaktadır. Bunların önemli bir kısmı, yukarıda da belirtildiği gibi, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı üst başlığı altında toplanmaktadır. Bu konu kuvvetler ayrılığı bölümünde incelemiştik.

Ulusal düzeyde insan haklarının korunması alanında uzunca bir zamandır kullanılmış olmalarından dolayı ilk akla gelen koruma yolları olarak düşünülen ve bu nedenle de ‘klasik’ olarak nitelendirilen devletin yasama, yürüme ve yargı organlarının ortaya koymuş olduğu korumanın, kendilerinden beklenen etkinlikte olmadıkları zaman zaman görülmektedir.⁹²⁶ İnsan haklarına yönelik ihlallerin giderek artan bir eğilim göstermesi klasik kurum ve sistemlerin dışında, yeni ve bağımsız bir takım kurumların oluşturulmasını gündeme getirmiştir.⁹²⁷ Son on beş-yirmi yıllık süreç içinde dünyanın hemen her bölgesinde idari organlara da bir şekilde bağlı olan yeni ulusal insan hakları birimleri-kurumları oluşturulmaktadır.⁹²⁸ Bu kurumlar, ulusal insan hakları kurumu,⁹²⁹ insan hakları ulusal kurumu,⁹³⁰ bağımsız idari kurullar⁹³¹ gibi üst başlıklar altında toplanmaktadırlar. Bu çalışmada ulusal insan hakları kurumu (UİHK) terimi tercih edilecektir. UİHK’nun hangi nitelikte olduğu konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Terimle insan haklarıyla ilgili tüm idari birimlerin kastedildiği şeklinde görüşler bulunurken⁹³² özel statüde yarı resmi kurumlar⁹³³ olduğu da belirtilmektedir. Bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre bu kurumlar kendine özgü bir nitelik taşımaktadırlar. Buna göre, UİHK, resmi kuruluşlar ve sivil toplum örgütlerinin yanında, uluslararası insan hakları standartlarının ulusal hukuk sistemine dahil edilmesi sürecinde aktif olarak yer alan; insan haklarının korunmasında yeni bir bakış açısı getiren kendine özgü kuruluşlardır. Bunlar, resmi kurumlar ile sivil toplum örgütlerini buluşturup işbirliğini geliştirmektedir. Böylelikle genellikle daha çok bir çatışmaya dayalı olan devlet ile onun dışındaki sùjeler arasındaki ilişkilerin yerine geçip devlet-sivil toplum

⁹²⁶ Çelikyay, 2010, s. 459,447.

⁹²⁷ ATAR, Yavuz, “*Ulusal ve Uluslararası Düzeyde İnsan Haklarının Korunması Mekanizması*”, YTD, Sy.22, 1998, s. 1292.

⁹²⁸ Altıparmak, 2007, s. 55.

⁹²⁹ Çelikyay, 2010, s. 463.

⁹³⁰ Altıparmak, 2007, s. 55.

⁹³¹ Atar, 1998, s. 1292.

⁹³² Bu yöndeki görüşler için bkz. Altıparmak, 2007, s. 59.

⁹³³ Bu yöndeki görüşler için bkz. Ünal, 1997, s. 103.

arasındaki mesafeyi kapatırlar.⁹³⁴ Diğer taraftan bağımsız ve tarafsız olma nitelikleri ile resmi kurumlardan; kanuni dayanağa sahip olmaları nedeniyle de sivil toplum örgütlerinden ayrılmaktadır.⁹³⁵

Ülkeden ülkeye değişen farklı örgütlenme modelleri ve çalışma yöntemleri ile ortaya çıkan bu kurumların genel bir tanımını yapmak zor olmakla birlikte⁹³⁶ BM insan hakları sözleşmelerinde hükümetler tarafından kurulan organları karşılamak üzere yapılan kapsamlı ve resmi nitelik taşıyan bir tanıma göre UİHK kavramı, devlet tarafından anayasa, kanun veya diğer bir düzenleyici işlem ile kurulmuş ve insan haklarının geliştirilmesi ve korunması alanında, görevleri açıkça tanımlanmış bir organ olarak ifade edilmektedir.⁹³⁷ UİHK doktrinde ise, insan hakları alanında görevli yarı resmi yada kanuni kurumlar olarak da tanımlanmaktadır. Bu tanım, söz konusu kurumları herhangi bir kamu kurumundan veya sivil toplum örgütünden ayırması bakımından önemlidir.⁹³⁸

Öncesinde de belirtildiği üzere yargı fonksiyonu, yürütme ve onun bir uzantısı olan idarenin, insan hakları ihlallerini ortadan kaldırmak için en etkili yoldur. Bu durumda böylesine bir koruma mekanizması varken neden bu tip kurumlara ihtiyaç duyulmaktadır sorusu gündeme gelmektedir. Yargı şüphesiz bu alanda çok etkilidir ama tek yol değildir. Her şeyden önce, insan hakları ihlal edildikten sonra devreye girmektedir. Başka bir ifadeyle, önleyici olmayıp bastırıcı bir niteliğe sahiptir. Oysaki haklar ihlal edilmeden önce de alınabilecek çok sayıda tedbir vardır ancak yargının bu tip bir müdahalesi çok istisnai bir nitelik taşımaktadır.⁹³⁹ Örneğin işkence yasağı, bu alanda öne çıkan en tipik örnektir. Hemen hemen tüm ülkelerin ceza kanunlarında işkence ve kötü muamele suçu düzenlenmiş ve diğer vücut bütünlüğüne yönelmiş ihlallere oranla daha şiddetli cezalar öngörülmüştür. Ancak buna rağmen söz konusu yonteme başvurulması

⁹³⁴ BECO, Gauthierde, "Avrupa'da Ulusal İnsan Hakları Kurumları", <http://www.ihop.org.tr/dosya/uihk/avrupa.pdf>, s. 8, 30. e.t: 05.05.2014

⁹³⁵ Çelikyay, 2010, s. 463, 447.

⁹³⁶ Çelikyay, 2010, s. 463.

⁹³⁷ National Human Rights Institutions, A Handbook on the Establishment and Strengthening of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights, Professional Training Series No: 4, United Nations, New York and Geneva, 1995, s. 6 dan nakleden, AYDIN, Fatih, İnsan Haklarını Korunması ve Geliştirilmesiyle Görevli Ulusal Kurumlar, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2010, s. 6.

⁹³⁸ Aydın, 2010, s. 7.

⁹³⁹ Altıparmak, 2007, s. 56.

engellenememektedir.⁹⁴⁰ İhlal gerçekleşikten sonra delillere ulaşmak, faillerini ve bunda sorumluluğu olanları tespit edip bulmak çok zorlaştığı gibi, bunların cezalandırılması, ihlale uğrayan kişi açısından çok sınırlı düzeyde bir tatmin sağlamaktadır. Bu nedenle söz konusu davranışları önlemek üzere hem ulusal hem de uluslararası mekanizmalar geliştirilmiştir. Bunlar, bireylerin özgürlüklerinden mahrum oldukları yerlerin ziyaret edilerek, henüz ihlal ortaya çıkmadan ilgili hakkı korumayı amaçlamaktadır. Yargı organının bu türden bir faaliyeti düzenli olarak sürdürmesi mümkün değildir.⁹⁴¹ Ayrıca bu tür kurumlar gerçekleştirdikleri faaliyetler ile insan hakları ihlallerini yönetimin dikkatine sunarak gerek bunların önlenmesi gerekse tekrarlanmaması bakımından önemli bir fonksiyonu yerine getirmektedirler.⁹⁴²

Özetle belirtmek gerekirse kanaatimizce, anayasal devlet bakımında önemli olan; egemenlik yetkisinden kaynaklı yetkiler kullanılarak oluşturulacak çeşitli kurumlar aracılığıyla insan haklarının korunmasının sağlanmasıdır. Bu çerçevede, UIHK, gerek yargıyı tamamlayan gerekse yukarıda belirtilen kendine özgü faaliyetleriyle anayasal devletin temel hak ve özgürlükler düzeninde önemli bir yer tutmaktadır.

UIHK'nın çeşitli modelleri bulunmaktadır:

- “- *İnsan hakları komisyonları, kamu denetçileri (ombudsmanlar) ve etnik veya dilsel azınlıklar, yerli topluluklar, çocuklar, sığınmacılar ya da kadınlar gibi belirli hassas grupların haklarını korumakla görevli olan özel ulusal kurumlar,*
- *Danışma komisyonları, yargı yetkisine sahip komisyonlar, insan hakları merkezleri, insan hakları kamu denetçileri,*
- *Ulusal komisyonlar, ulusal danışma komisyonları, ulusal ayrımcılık karşıtı komisyonlar, kamu denetçileri ve sonuncuların bir türü olan “defensor del pueblo” olarak adlandırılan grup,*

⁹⁴⁰ Altıparmak, 2007, s. 56.

⁹⁴¹ Altıparmak, 2007, s. 56.

⁹⁴² Ünal, 1997, s.104.

- *Parlamento insan hakları organları,*
- *İnsan hakları komisyonları ve kamu denetçileri*⁹⁴³

Doktrinde bu tür milli kuruluşların ombudsman kurumu ve insan hakları komisyonları şeklinde iki başlık altında toplanacağını belirten görüşler de bulunmaktadır.⁹⁴⁴ Bu çalışmada bu iki kuruma yer verilecektir.

BM İnsan Hakları Merkezi (United Nations Center for Human Rights) 1991 yılında Paris’te bir uluslararası toplantı düzenlemiştir. Toplantıda ulusal insan haklarını koruma mekanizmalarının gerek kurulması gerekse bunların görev ve faaliyetlerini düzenleyen bir takım uluslararası standartlar belirlenmeye çalışılmıştır. Toplantı sonunda insan hakları alanında faaliyet gösteren ulusal nitelikteki kurumların yetki ve sorumlulukları, oluşumları, bağımsızlıkları ve sahip oldukları diğer güvenceler, çalışma yöntemleri ve görevlerine ilişkin “Paris İlkeleri” adı verilen ilkeler ortaya konarak hükümetlere çeşitli tavsiyelerde bulunulmuştur. Paris İlkeleri 1992’de BM İnsan Hakları Komisyonunca onaylanarak BM Genel Kuruluna sevk edilmiştir. BM Genel Kurulu, 20 Aralık 1993 tarih ve 48/134 sayılı kararla Paris İlkelerini aynen kabul ederek yayımlamıştır.⁹⁴⁵ Böylelikle UIHK alanında uluslararası standartlar ortaya konmuştur. 14-25 Temmuz 1993 de Viyana’da toplanan Dünya İnsan Hakları Konferansında Viyana Bildirgesi ve Eylem Planı benimsenmiş; Paris ilkelerinin dikkate alınması gerekliliğine dikkat çekilmekle birlikte, her devletin kendi ihtiyaçlarına en uygun yapıyı seçme hakkına sahip olduğu da kabul edilmiştir. Bununla birlikte UIHK’na ilişkin asgari standartlar şu şekilde belirtilmektedir: Bağımsızlık, tanımlanmış bir görev alanı ve insan haklarını korumaya yetecek yetkilerin varlığı, ulaşılabilirlik, işbirliği, fonksiyonel olarak etkinlik potansiyeli, sorumlu tutulabilir olma.⁹⁴⁶

Doktrinde, Paris İlkelerinde öngörülen ulusal kurumların temel özelliğinin devlet tarafından kurularak finans desteği verilmesi ve fakat aynı zamanda yürütmeden bağımsız olma olduğu ancak Türkiye’deki hiçbir yönetsel yapılanmanın bu şartları yerine getiremediği bu nedenle de ulusal kurumların uluslararası ağını

⁹⁴³ Aydın, 2010, s. 7.

⁹⁴⁴ Beco, s.1.

⁹⁴⁵ Paris Prensiplerinin Türkçe çevirisi için bkz. http://www.ihop.org.tr/dosya/uihk/paris_ilkeleri.pdf. e.t: 22.07.2014

⁹⁴⁶ Altıparmak, 2007, s. 63,65.

temsil eden Ulusal Kurumlar Uluslararası Koordinasyon Komitesi (UKUKK) tarafından üye olarak kabul edilmediği belirtilmektedir.⁹⁴⁷ Türkiye’de UIHK bağlamında, Türkiye İnsan Hakları Kurumu Başkanlığı, İnsan Hakları Üst Kurulu, İnsan Hakları İhlali İddialarını İnceleme Heyetleri, İnsan Hakları Danışma Kurulu, İnsan Hakları Eğitimi On Yılı Ulusal Komitesi, Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu (BEDK), İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları, Ombudsman kurumları bulunmaktadır. Şimdi ulusal koruma mekanizmalarından bazılarını inceleyeceğiz:

a. Ombudsman(Kamu Denetçisi)

İsveççe bir sözcük olan ‘Ombudsman’, kelime olarak ‘sözcü’, ‘temsilci’, ‘aracı kişi’ anlamlarına gelmekte olup bu kavramı ifade etmek üzere ‘kamu denetçisi’,⁹⁴⁸ ‘kamusay’⁹⁴⁹ gibi terimler de kullanılmaktadır. Devlet ile bireyler günlük yaşamda özellikle de kamusal yetkiye dayanan faaliyetler ile karşı karşıya gelmekte ve bu sırada çeşitli insan hakları ihlalleri sıklıkla yaşanmaktadır. Aynı husus devletin organlarından biri olan yürütme ve idare için de geçerli olmaktadır.

Bu çerçevede, aslında idarenin denetlenmesi dolaylı olarak insan haklarının korunması anlamına gelmektedir.⁹⁵⁰ Ombudsman klasik olarak idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı bunların hukuka aykırı olduğu iddiasıyla yapılan başvuruları inceleyip değerlendirirken bunlardan insan hakları ihlali niteliğini taşıyanların da yargı-dışı denetimini yaparak insan haklarının korunmasına katkı yapmaktadır. Ombudsmanın bu fonksiyonu diğer taraftan da, insan hakları ihlali ile hukuka aykırı idari eylem ve işlemler arasındaki ilişkiyi açığa çıkartıp vurgulamaktadır.

⁹⁴⁷ Altıparmak, 2007, s. 65, dn. 29.

⁹⁴⁸ Doktrinde, her ne kadar resmi belgelerde denetçi ifadesi geçmekteyse de kamu denetçisi yerine, ‘Ombudsman’, ‘Kamutay’, ‘emin kişi’, ‘uzlaştıran’ kavramlarının kullanılması önerilmektedir. Çünkü kamu denetçisi veya halk denetçisi denildiğinde bazen devlet adına halkı denetleyen bir kurum anlaşılmaktayken bazen de halkın yanında olup devleti denetleyen bir kurum akla gelmektedir. Oysaki ombudsmanın temel niteliklerinden biri tarafsızlık olup ne devletten ne de halktan yanadır. Devlet imkânlarından yararlanarak bireylerin temel hak ve özgürlüklerini savunan bir kurumdur. ODYAKMAZ, Zehra/BOSTANCI, Yalçın/GÜZEL, Oğuzhan, “6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Çerçevesinde Kamu Başdenetçisine İlişkin Yaş Şartının Değerlendirilmesi”, TBBD, Sy.103, 2012, s. 15, dn. 2.

⁹⁴⁹ DURSUN, Hasan, “Türkiye’de Ombudsmanlığın (Kamusaylığın) Etkin Olarak İşleyebilme Yetkisi Yoktur”, TBBD, Sy.95, 2011, s. 377.

⁹⁵⁰ ERHÜRMAN, Tufan, “İnsan Haklarını Koruma Mekanizması Olarak Ombudsman Kurumu”, İçinde: Türkiye’de İnsan Hakları, Ed.:Oya Çiftçi, TODAİ Yayınları, Ankara 2000, s. 339.

Macaristan, Polonya ve Slovenya gibi özellikle yeni gelişen demokrasilerde ombudsman kurumunun insan hakları ihlallerini araştırıcı ve düzeltici rolü gittikçe artmaktadır ki bu durum kurumun en önemli özelliği haline gelmiştir⁹⁵¹ Bu ülkelerde, sadece insan haklarına ilişkin konularda görev yapmak üzere, ‘İnsan Hakları Ombudsmanı’ kurulduğu görülmektedir.⁹⁵² Doktrinde, ombudsman kurumunun temelinde yatan düşünce ile insan haklarının uluslararası alanda da korunmasını amaçlayan uluslararası sözleşmelerin temelindekinin hemen hemen aynı olduğu; bu temelin idarenin adaletle bağdaşmayan keyfî hareketlerine karşı bireyin korunması olduğu belirtilmektedir.⁹⁵³

Özetle belirtmek gerekirse, ombudsman; idarenin denetimi konusunda faaliyet gösteren diğer klasik mekanizmalarla birlikte fonksiyonlarını icra eden bir kurum olarak insan hakları alanında çeşitli faaliyetleri yerine getirmektedir. Parlamenteyle bağlı bir organ olmakla birlikte görevini diğer idari kurumlar için belirlenmiş olan usul ve esaslar içinde yapmakta ancak yapmış olduğu denetim sonuçları itibarıyla yargısal denetime benzemektedir. Böylelikle insan haklarının korunması alanında önemli görevleri yerine getiren bir kurum olma özelliğiyle anayasal devlette önemli bir yere sahip olabilme potansiyelini taşımaktadır.

Ombudsman gibi bir kurumun insan haklarının korunması alanında yapabileceği fonksiyonlar dört başlık altında ifade edilebilir. Bunlar; eğitici, caydırıcı, kamu yönetiminin iyileştirilmesi ve düzeltici etkidir. Bugün birçok ülkede yöneticiler ve bireyler kendilerine tanınmış olan hakları gerek bilmedikleri gerekse çağdaş insan hakları ve demokratik hukuk devletine inançlarının zayıf olmasından dolayı, bu konuda eğitime ihtiyaç duymaktadırlar. Ombudsman bu çerçevede yürütmüş olduğu faaliyetleri, araştırma ve incelemeleri ile bireylere, insan haklarını ve bunları korumanın yollarını öğretmektedir.⁹⁵⁴ Eğitici etkisi sadece bireylerin gerçekten mağdur oldukları haklı başvuruları bakımından değil, aksi durumlar içinde varlığını devam ettirmektedir. Ombudsman her başvuru üzerinde çalışıp iddialarla

⁹⁵¹ SAYGIN, Engin, “*Ombudsmanı Beklerken: Anayasa Mahkemesi’nin Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu İptaline Dair Gereklı Kararı Üzerine Bir İnceleme*”, GÜHFD, C.XII, Sy.1-2, 2008, s. 1047-1048.

⁹⁵² Algan, 2007, s. 116.

⁹⁵³ Moller Jens, “*The Danish Ombudsman and the Protection of Human Rights*”, Ombudsman in Europe, Ed.: Franz Matscher, Austuria 1994, s.43,44 den aktaran, Erhürman, 2000, s. 339, dn. 2.

⁹⁵⁴ Erhürman, 2000, s. 340,343.

ilgili bir değerlendirme yapacağından yapılan başvurunun neden hukuken korunabilir olmadığını veya başvuru konusu yetki alanı dışında ise aslında nereye hangi süreler içinde başvurulması gerektiğini kararında göstererek de eğitici etkisini ortaya koymaktadır.⁹⁵⁵

Sadece dava açmak konusunda gerekli bilinç ve imkanlara sahip olan bireyler tarafından harekete geçirilebilecek; bir takım usullere dayalı olarak ve yavaş çalışan yargı mekanizması tarafından değil,⁹⁵⁶ bireylerin başvurularını hiçbir formalite⁹⁵⁷ veya şekil şartına bağlı olmadan alıp yine aynı şekilde sonuçlandıran,⁹⁵⁸ basit ve masrafsız, çok daha hızlı hareket edebilen, idare içine daha kolay bir şekilde sirayet edebilen⁹⁵⁹ ve re'sen de harekete geçme özelliğine sahip kurum olarak ombudsman tarafından denetleneceğini bilen idare, hukuka aykırı yada temel hak ve özgürlükleri ihlal eden bir işlem veya eylemde bulunurken bir kez daha düşünerek daha dikkatli davranmak zorunda olduğunu hissedecektir. Güçlü ve etkin bir ombudsmanın yaratabileceği caydırıcı etki, hak ihlallerini daha doğmadan ortadan kaldıracak için bu diğer etkilerden daha önemli olacaktır.⁹⁶⁰ Ayrıca, ombudsmanın yerindelik denetimi yapma özelliği de anılan etkisini artıran diğer bir faktör olarak karşımıza çıkmaktadır.⁹⁶¹

Ombudsman, gerek tek tek başvuruları inceleyerek hazırlayacağı gerekse kamu yönetiminin iyileştirilmesine yönelik önerilerini içeren periyodik raporlar ile eğitici ve caydırıcı etkilerinin yanında, kamu yönetimini iyileştirici bir etkiye de sahiptir. Ombudsman bu raporlarda, insan haklarına dayanan bir kamu yönetiminin hangi kurallara göre hareket etmesi gerektiğini idareye bildirecek ve bu yönde bir uygulamanın hayata geçmesine katkıda bulunacaktır.⁹⁶² Ombudsman ya kendisine yapılan bir başvuru üzerine ya da re'sen harekete geçmekte, konuyla ilgili olarak gerekli inceleme ve araştırma işlemlerini yaptıktan sonra, iddia konusu işlem veya

⁹⁵⁵ EREN, Hayrettin, “*Ombudsman Kurumu*”, AÜEHFD, C.IV, Sy.1-2, 2000, s. 92.

⁹⁵⁶ Erhürman, 2000, s. 345.

⁹⁵⁷ Bazı ülkelerde hakları ihlal edilen herkese, derhal başvuru hakkı tanındığı halde, diğerlerinde kanun yollarının tüketilmiş olması ombudsmana başvurunun bir şartını oluşturmaktadır. Yine başvuru hakkı bazı ülkelerde süreyle sınırlıyken bazılarında süre şartı yoktur. Ünal, 1997, s. 106-107.

⁹⁵⁸ GÖLÖNÜ, Sirel, “*Ombudsman ve Yönetimde Halkla İlişkilerin Gelişmesine Etkisi*”, Sayıştay Dergisi, Sy.27, 1997, s. 8.

⁹⁵⁹ Gölönü, 1997, s. 7.

⁹⁶⁰ Erhürman, 2000, s. 345.

⁹⁶¹ Eren, 2000, s. 93.

⁹⁶² Erhürman, 2000, s. 345.

eylemsizliğin hukuka aykırı olduğu ya da yerinde olmadığı kanaatine ulaşırsa, bu durumun ortadan kaldırılması için nelerin yapılması gerektiğini bir raporla idareye bildirerek düzeltici etkisini göstermektedir. Örneğin, ülkemizde kamuoyunda gezi olayları⁹⁶³ olarak bilinen toplumsal olaylar ve kişisel verilerin korunması⁹⁶⁴ ile ilgili özgürlükleri çok yakından ilgilendiren konularda kamu denetçiliği kurumu tarafından idareye tavsiyelerde bulunulmuştur.

Ombudsmanın kendisinden beklenen insan haklarına ilişkin tüm bu fonksiyonları gerçekleştirebilmesi için yetki ve statüsünün anayasada ve kanunlarda düzenlenmiş olması gerekmektedir.⁹⁶⁵ Diğer taraftan bir kamu kurumu olarak faaliyet gösteren ombudsman, İsveç kökenli bir kurum olması yönüyle bazı özellikler taşımaktadır. Bu özellikler ombudsmana tanınan yetkileri de bir bakıma belirlemektedir.⁹⁶⁶ Ancak bu durum, ombudsmanın bütün ülkeler bakımından geçerli olacak şekilde değişmez özellikler taşıdığı anlamına gelmemektedir. Temel nitelikleri değiştirilmeden ülkeden ülkeye bazı farklılıkların bulunması kaçınılmazdır. Söz konusu farklılıklar daha çok ayrıntıya ilişkindir.⁹⁶⁷ Bu ortak özelliklerin en başında ombudsmanın yetki alanının, idarenin işlem ve eylemsizliği konularında geçerli olduğudur. Ombudsman bu konularda inceleme ve araştırma yapabilecektir. Dolayısıyla söz konusu bu kurumun, özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklar, yasama ve yargı işlemleri ile ilgili herhangi bir faaliyette bulunması söz konusu olamaz.⁹⁶⁸

Ombudsmanın yürütme ve idareden bağımsızlığı diğer önemli bir özelliğidir. Bu nitelikte olmayan bir kurumun ombudsman olarak nitelendirilmesi mümkün

⁹⁶³ Dosya No: 03.2013/310, bkz. <http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/2013-90.pdf>. e.t: 04.02.2014

⁹⁶⁴ Dosya No: 03.2014/2832, bkz. <http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/pdf/2014-2832.pdf>. e.t: 04.02.2014

⁹⁶⁵ GÖKÇE, Ali Fuat, “Çağdaş Kamu Yönetiminde Kamu Denetçiliği(Ombudsmanlık) ve Türkiye İçin Askeri Ombudsmanlık Önerisi” Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.17, Sy.2, 2012, s. 208; İsveç’te Anayasanın 6. maddesinde temel ilkeler belirtilmiş, ayrıntılar tüzükte düzenlenmiştir. Finlandiya Anayasası’nın 49 ve 59. maddelerinde ombudsmanın Parlamento tarafından seçileceği, devletin sivil ve askeri idaresini denetlemekle görevli olduğu belirtilmiştir. Portekiz Anayasası’nın 23. maddesinde adalet temsilcisi olarak nitelendirilmiş, bağımsızlığı, parlamento tarafından seçileceği, idare ile ilgili vatandaş şikâyetlerini incelemekle sorumlu olduğu hüküm altına alınmıştır. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasası’nın 114. maddesinde ‘Yüksek Yönetim Denetçisi’ başlığı altında düzenlenmiştir. Eren, 2000, s. 82-83.

⁹⁶⁶ Gölönü, 1997, s. 8.

⁹⁶⁷ Gölönü, 1997, s. 8.

⁹⁶⁸ Erhürman, 2000, s. 340.

değildir. Ancak idare ve yürütmenin tüm etki ve müdahalesinden uzak kılınmış bir kurum, idare üzerinde gerçekten fonksiyonel bir denetim gerçekleştirerek insan haklarının korunmasına hizmet edebilir. Aksine bir durum ombudsmanın klasik denetim mekanizmalarından herhangi bir farkının olmaması sonucunu doğuracaktır.⁹⁶⁹ Dünyadaki ombudsman uygulamaları incelendiğinde söz konusu özelliğin sağlanması için ombudsmanın parlamentolar tarafından seçildiği görülecektir. Parlamento tarafından seçilen ve yürütmüş olduğu faaliyetler hakkında parlamentoya rapor veren ombudsman, yürütme gücünün etkisinden uzaklaşacağı hukuki ve fiili şartlara sahip olacaktır. Ancak yasamada çoğunluğu elinde bulunduran ve iktidarda olan siyasal partinin seçeceği ombudsmanın, iktidar tarafından yönetilen kamu yönetiminin etkisinde kalmasıyla ilgili şüpheler ortaya çıkmaktadır. Böylesine bir durumda ombudsmanın seçim usulü ve görev süresi önem kazanmaktadır. Örneğin İsveç'te Parlamento tarafından gizli oylamayla seçilirken, İngiltere'de hükümetin önerisi üzerine Kraliçe tarafından atanmaktadır.⁹⁷⁰ Fransa'da ise hakların koruyucusu başlığı altında Anayasa'nın 71. maddesinde düzenlenmekte ve Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır.⁹⁷¹

Ombudsmanın parlamentoyu oluşturan tüm partilerin ortak adayı olması ideal olmakla birlikte toplumun çeşitli kesimlerinin temsil edildiği bir parlamento oluşumunda bunun pek mümkün olmaması nedeniyle en azından belirli bir uzlaşının sonucu olarak seçilebilmesi önemli bir husustur. Bunun içinde ombudsman seçiminde karar yeter sayısı olarak nitelikli çoğunluğun esas alınması bu kurumun amacına daha uygun olacaktır.

Diğer taraftan ombudsmanın parlamento tarafından seçilmesi onu parlamentonun bir organı haline getirmez.⁹⁷² Çünkü bu kurum sadece yürütme ve idare karşısında değil seçim ve görevden alınması hususları dışında yasama organına karşı da bağımsızdır. Ombudsman gücünü parlamentodan alır; parlamento onu seçip gerektiğinde görevden alabilir ancak ona herhangi bir şekilde emir veya talimat

⁹⁶⁹ Erhürman, 2000, s. 341.

⁹⁷⁰ Gökçe, 2012, s. 207.

⁹⁷¹ Fransız Anayasası'nın Türkçe çevirisi için bkz. [http://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/Fransa-TR\(4.10.1958\).pdf](http://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/Fransa-TR(4.10.1958).pdf), e.t: 16.06.2014

⁹⁷² Saygın, 2008, s. 1064.

veremez; kararlarını etkileyip tekrar gözden geçirerek değiştirip düzeltemez.⁹⁷³ Böylelikle parlamento lehinde bir güç yoğunlaşmasına neden olunmayacağından kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı bir nitelik taşımamaktadır.

Ombudsmanın diğer bir özelliği ise, yürütmüş olduğu faaliyet sonucunda konuyla ilgili hukuken bağlayıcı kararlar alamamasıdır. Bu durum, ombudsmanın yargısal nitelik taşımasını önleyerek sahip olduğu diğer niteliklerle birlikte onu kendine özgü bir kurum haline getirmektedir. Ombudsmanın sahip olması gereken özellikleri özetle şöyle belirtilebilir: Anayasa ve kanunla kurulur, parlamento ve yürütme karşısında fonksiyonel bir bağımsızlık ve tarafsızlığa sahiptir, parlamento bünyesinde yer alır, konusunda uzmandır, yargısal mekanizmalara oranla bireylerin daha kolay ulaşım hareketi geçirebileceği bir kurumdur.

Ombudsman, ilk haliyle İsveç dışında hemen hemen hiçbir ülkede tanınmadan bir buçuk asır kadar faaliyette bulunduktan sonra, 1919'da Finlandiya tarafından alınarak hukuk sistemine dahil edilmiştir. İlk ombudsman dalgası 1950-1960 yılları arasında İskandinav Ülkelerine yayılmıştır. 1954 yılında Danimarka'da da bir ombudsmanın kurulması çeşitli ülkelerin hukuk ve siyasal çevrelerinde kuruma ilgi duyulmasına neden olmuştur. 1957'de Batı Almanya'da, 1959'da Norveç'te ve Quebec'te kurulmuştur. İkinci ombudsman dalgası Commonwealth Ülkelerinde yayılmıştır. Yeni Zelanda (1962), İngiliz Guyanası (1966), İngiltere (1967), Maurice Adası (1967), Alberta (1967), Yeni Brunswick (1969), Manitoba (1969), Yeni Ecosse (1970), Kuzey İrlanda'da (1970) ombudsman hukuk sistemine dahil olmuştur. İdari denetim sistemlerinin en etkilisine sahip olması nedeniyle böyle bir kuruma yer verilemeyeceği fikrinin kamuoyunda genel olarak kabul edildiği Fransa'da da 1973 yılında ombudsman "Mediateur" adıyla kurulmuştur.⁹⁷⁴

Ombudsman kurumunun sayısı sadece kamu sektöründe ve ulusal düzeyde olmak üzere 2009 yılı itibarıyla 120'yi aşmıştır. Avrupa Birliği üyesi ülkelerde ise Birliğe dâhil 27 üyenin 25'i bu kuruma hukuk sistemlerinde yer vermiştir. Ayrıca Avrupa Birliği Maastricht Anlaşması çerçevesinde Avrupa Birliği kurum ve organlarının kötü yönetimi hakkındaki şikâyetlerin araştırılması için Avrupa Ombudsmanı kurulmuştur. Bu kurumun sayısı hem dünya genelinde hem de Avrupa

⁹⁷³ Eren, 2000, s. 84.

⁹⁷⁴ Gölönü, 1997, s. 6-7.

özelinde hızla artarken Türkiye farklı bir konumda bulunmaktadır. Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi gibi uluslararası organizasyonlar ombudsman kurumunun kuruluşuna açıkça destek verirlerken, bu organizasyonların uzun süreli üyesi olan Türkiye’ de kurumun hem düşünsel hem de kurumsal düzeyde gelişimi gecikmiş; Türk hukuk doktrinince de ancak 1970’li yıllarda alıp incelenmiştir.⁹⁷⁵ Uygulamada ise 1980 sonrasında gündeme gelmiş olup ombudsmanlıkla ilgili ilk kanun girişimine 1982 Anayasası hazırlık çalışmalarında rastlanmaktadır. Gerekçeli Anayasa Önerisinin 114/a maddesi; “*Bütün yönetsel işlemlerde gerekçe gösterilmesi ve bu işlemlere karşı başvuru yollarının belirtilmesi zorunluluğunu, yasa ile aksi öngörülmemişse yönetimin elindeki bilgi ve belgelerin halka açık olduğunu, hak arama özgürlüğünü sınırlandıracak nitelikte gizlilik konulamayacağını*” belirttiikten sonra, 114/b maddesi ile “*Kamu Denetçileri Kurulunun*” yapısı düzenlenmiştir. Ancak kabul edilen anayasa metninde böyle bir düzenleme yer almamıştır.

Anayasa koyucunun bu öneriyi kabul etmemiş olmasına rağmen doktrinde, Anayasa’nın 108. maddesinde yer alan Devlet Denetleme Kurulunun bir tür ombudsman olduğu görüşü dile getirilmiştir.⁹⁷⁶ Bununla birlikte, Devlet Denetleme Kurulunun hiç bir şekilde ombudsmanın fonksiyonlarını yerine getiremeyeceği açıktır. Çünkü öncesinde de belirtildiği üzere, ombudsmanın temel özelliklerinden biri bağımsız olmasıdır. Oysaki söz konusu Kurul, Cumhurbaşkanına bağlı olup üyeleri de onun tarafından seçilmektedir. Ayrıca ancak Cumhurbaşkanının isteği üzerine harekete geçtiği de dikkate alındığında Kurulun bağımsız olmadığı, dolayısıyla da ombudsman niteliği taşımadığı görülmektedir.

Diğer taraftan Kamu Denetçileri Kurulu ile ilgili bir düzenlemenin olmamasına rağmen Anayasa’nın 74. maddesinde; “*Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye’de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir.*” denilerek anayasal olarak vatandaşlara şikâyet hakkı verilmiştir. Diğer taraftan 1990 yılında çıkarılan 3686 sayılı “*İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Kanunu*” tam anlamıyla ombudsmanlığı

⁹⁷⁵ Saygın, 2008, s. 1046.

⁹⁷⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. OYTAN, Muammer, “*Ombudsman Eliyle İdarenin Denetimi Konusunda Kıyaslamalı Bir İnceleme*”, Danıştay Dergisi, Sy.18-19, 1975, s. 193 vd.

karşılamasa da; ombudsmanlık kurumunun Türkiye’deki uygulamasının başlangıcı olarak değerlendirilebilir. 3686 sayılı Kanunu’nun 4.maddesinin e, f, g fıkraları; *“İnsan haklarının ihlale uğradığına dair iddialar ile ilgili başvuruları incelemek ve gerekli gördüğü hallerde ilgili mercilere iletmek, gerektiğinde dış ülkelerdeki insan hakları ihlallerini incelemek ve bu ihlalleri o ülke parlamenterlerinin dikkatlerine doğrudan veya mevcut parlamenter forumlar aracılığıyla sunmak, her yıl yapılan çalışmaları, elde edilen sonuçları, yurtiçi ve dışında insan haklarına saygı ve uygulamaları kapsayan bir rapor hazırlamak”* şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu kanununla komisyona verilmiş olan görevler, ombudsmanın yetki ve görevlerinin insan haklarına özgülenmiş şeklini oluşturmaktadır. Komisyonun, parlamento tarafından oluşturulması da ombudsmanlıkla benzer diğer bir niteliğidir. Ancak ombudsman Komisyondan farklı olarak parlamento dışından seçilmektedir.

İlerleyen süreçte Haziran 2006 tarihinde Kamu Denetçiliği Kurumu adı altında ombudsman kurulması amacıyla 5521 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu’nu kabul edilmiştir.⁹⁷⁷ Ancak Anayasa Mahkemesi’nce bu Kanun önce Geçici 1’inci maddesinin yürürlüğü durdurulmuş;⁹⁷⁸ ardından da tümüyle Anayasa’ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir.⁹⁷⁹ İptal kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda 2010 Anayasa değişiklikleriyle *“ombudsmanlık”* kurumu anayasal düzeyde hukuk sistemimize dahil olmuştur. Söz konusu değişikliklerin 8. maddesiyle, Anayasanın 74. maddesinin kenar başlığı *“VII. Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı”* şeklinde değiştirilmiş; üçüncü fıkrası kaldırılmış ve söz konusu maddeye aşağıdaki fıkralar eklemiştir:

“Herkes bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceler.

Kamu Başdenetçisi Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından gizli oyla dört yıl için seçilir. İlk iki oylamada üye tamsayısının üçte iki ve üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu aranır

⁹⁷⁷13.10.2006 tarihli ve 26318 RG.

⁹⁷⁸2006/140 E, 2006/33 K, 27.10.2006. Bkz. 01.11.2006 tarihli ve 26333 sayılı RG.

⁹⁷⁹2006/140 E, 2008/1855 K, 12.1.2008. Bkz. 04.04.2009 tarihli ve 27190 sayılı RG.

Üçüncü oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için dördüncü oylama yapılır; dördüncü oylamada en fazla oy alan aday seçilmiş olur.

Bu maddede sayılan hakların kullanılma biçimi, Kamu Denetçiliği Kurumunun kuruluşu, görevi, çalışması, inceleme sonucunda yapacağı işlemler ile Kamu Başdenetçisi ve kamu denetçilerinin nitelikleri, seçimi ve özlük haklarına ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.”

Böylelikle ombudsmanlık kurumu anayasal bir temele kavuşmuş ve kurulmasını engelleyen anayasal nedenler ortadan kalkmış; bu çerçevede 6328 sayılı yeni bir Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu TBMM tarafından kabul edilmiştir.⁹⁸⁰ Ombudsman Kurumunun anayasal devletin temel hak ve özgürlükler düzeninde yer alarak haklar için bir güvence oluşturabilmesi için öncesinde de belirtildiği üzere her şeyden önce onun bağımsız olması gerekir. Ombudsmanın gerek seçimi gerekse görevden alınması usulü bağımsızlığın sağlanması bakımından çok önemlidir. Anayasanın 74. maddesinde seçim için nitelikli bir çoğunluk öngörülerek siyasi partilerin üzerinde uzlaştıkları bir adayın seçilmesi dolayısıyla da ombudsmanın iktidar yada çoğunluğu elinde bulunduran bir partinin yönlendirmesi altında olması engellenmek istenmiştir. Aynı usulün ombudsmanın görevde alınması sırasında da uygulanması bağımsızlık bakımından oldukça önemlidir. Ancak 5521 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 15. maddesinde, Başdenetçinin veya denetçilerin söz konusu Kanunun 10. maddesinde belirtilen nitelikleri taşımadıklarının sonradan anlaşılması veya seçildikten sonra kaybetmeleri halinde, bu durumun Komisyon tarafından tespit edilerek görüşme yapılmaksızın Genel Kurul tarafından Başdenetçi veya denetçinin görevine son verileceği belirtilmiştir. Kanunda atamada öngörülen nitelikli çoğunluk şartının görevden alma hususunda öngörülmemiş olması bağımsızlığın sağlanması bakımından önemli bir eksikliktir.

Benzer şekilde, ombudsmanın görev süresinin Cumhurbaşkanlığı görev süresinde olduğu gibi iktidarın görev süresinden fazla olması ve bir daha seçilme imkânının olmaması da bağımsızlık bakımından önemlidir. Kanun 14. maddesi incelendiğinde görev süresinin beş yıl olarak belirlendiği görülmektedir. TBMM seçimlerinin 4 yılda bir yapıldığı dikkate alındığında beş yıllık sürenin kabul edilebilir bir süre olduğu görülmekteyken söz konusu maddenin 2. fıkrasında yeniden

⁹⁸⁰26.06.2012 tarihli ve 28335 sayılı RG.

seçilme imkânının verilmiş olması bağımsızlığı zedeler niteliktedir. Kanun 12. maddesinde, hiçbir organ, makam, merci veya kişi, Başdenetçiye ve denetçilere görevleriyle ilgili olarak emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz denilerek Anayasamızın yargıçların bağımsızlığını güvence altına alan 138.maddesinin ikinci fıkrasına benzer bir düzenleme yapılmıştır. Ancak bu düzenlemenin anayasal düzeyde yapılması anayasal devlet bakımından önemli bir husustur. Bunun yerine kanunda düzenlenmiş olması önemli bir eksikliktir.⁹⁸¹

b. İnsan Haklarıyla İlgili Komisyon ve Birimler

UİHK'nın klasik bir türünü temsil eden insan hakları komisyonları Paris İlkelerine en uygun model olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu model Avusturalya (1981), Kanada (1977), Yeni Zelanda (1977) ve Birleşik Krallık (1976) gibi 'ilk ulusal kurumlar'ın örneğine dayalıdır. Bu tür ulusal kurumlar, kökenleri ve Commonwealth ülkelerindeki yaygınlıklarından dolayı zaman zaman "Commonwealth Modeli" olarak da adlandırılmaktadır. Söz konusu komisyonların ilk örnekleri, ayrımcılık karşıtlığı ve eşitlik hakkının hayata geçirilmesi konularında ortaya çıkmışken,⁹⁸² Paris İlkeleri, anayasal ya da yasal olarak düzenlenmiş olması koşuluyla UİHK'na mümkün olan en geniş çerçevede görev verilmesini öngörerek ayrımcılık vakalarının ötesine geçen genel bir insan hakları koruma ve geliştirme görevi olan yeni tür insan hakları komisyonu ortaya koymuştur. Diğer taraftan söz konusu ilkeler bir bütün olarak değerlendirildiğinde bu tür komisyonların yetkilerinin, insan hakları ihlallerinin genellikle kamusal yetki kullanan kurumlar tarafından gerçekleştiriliyor olmasına rağmen sadece bunlarla sınırlanmadığı dolayısıyla da özel kişileri de içine aldığı görülmektedir.⁹⁸³

⁹⁸¹ TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu taslağının 'Kamu denetçiliği' başlıklı 105. maddesiyle kurum bağımsız olarak düzenlenmiştir. Genel olarak idarenin işleyişi ile ilgili şikayetleri inceleme görevi olmakla birlikte mevcut düzenlemeden farklı olarak, 5. fıkarda temel hak ve özgürlüklerin korunmasıyla ilgili olarak özel bir görev verilmiş böylelikle kurumun insan hakları bakımından yerine getireceği fonksiyon anayasal düzeyde vurgulanmıştır. 4. fıkarda da kamu başdenetçisinin tarafsız ve bağımsız olacağı hüküm altına alınmıştır. TBMM'de grubu bulunan siyasi partilerin konuyla ilgili önerileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Barın, 2014, s. 207-213.

⁹⁸² Aydın, 2010, s. 8-9.

⁹⁸³ Bkz. http://www.ihop.org.tr/dosya/uihk/paris_ilkeleri.pdf. e.t: 04.06.2014

Bu kurulların uzmanlardan oluşan örnekleri olduğu gibi Paris İlkelerinde öngörülen çoğulcu yapıya uygun örgütlenen modelleri de bulunmaktadır.⁹⁸⁴ Söz konusu komisyonlar genelde, faaliyet konularıyla ilgili olarak yasama organlarına yıllık raporlar vermek zorunda olsalar da, birçoğu diğer devlet organları karşısında bağımsız olarak görev yapmaktadırlar⁹⁸⁵ ki bu husus da Paris İlkeleriyle paralellik taşımaktadır. Ulusal hukuk sistemlerinde tamamen ya da kısmen insan haklarıyla ilgili konularda faaliyet göstermek üzere kurulan bu özel komisyonlar yasama organınca oluşturulabileceği gibi, yürütme ve idare organınca da oluşturulabilir. TBMM bünyesinde kurulan İnsan Haklarını İnceleme⁹⁸⁶ ve Dilekçe Komisyonları birincilerin örneği iken İnsan Hakları İl ve İlçe Kurulları⁹⁸⁷ ikincilerin örneğini oluşturmaktadır.

⁹⁸⁴ Altıparmak, 2007, s. 62.

⁹⁸⁵ Ünal, 1997, s. 105.

⁹⁸⁶ Ülkemizde 1990'a kadar insan haklarının ulusal düzeyde korunması görevini yerine getiren bir kurum bulunmazken; söz konusu bu komisyonun kurulması ile ulusal insan haklarını koruma mekanizmalarının ilki ortaya çıkmıştır. 20 Aralık 1993 tarihli Paris Prensipleri, ulusal insan hakları koruma mekanizmalarının kurulmasını öngörürken bundan yaklaşık üç yıl önce TBMM' de insan haklarının ulusal düzeyde korunması için bir mekanizma kurulmuştur.

⁹⁸⁷ 23.11.2003 tarihli ve 25298 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik ile toplumda ve kamu görevlilerinde insan hakları bilincini geliştirmek, insan haklarını korumak, ihlal iddialarını incelemek ve araştırmak, insan hak ve özgürlüklerinin kullanılmasının önündeki engeller ile hak ihlallerine yol açan sosyal, siyasi, hukuki ve idari nedenleri incelemek, araştırmak ve bunların çözümüne ilişkin önerilerde bulunmak amacıyla 81 İl ve 891 İlçede "İl İnsan Hakları Kurulları" ile "İlçe İnsan Hakları Kurulları" oluşturulmuştur. İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları, mülki idare amirlerinin başkanlığında kamu görevlileri, seçimle iş başına gelmiş çeşitli düzeydeki yöneticiler, sivil toplum kuruluşları, meslek odaları, siyasi parti ve yerel medya temsilcilerinden oluşmaktadır. Kurullar, bu yönüyle Paris ilkelerinde öngörülen çoğulcu bir yapıya sahiptirler. Kurul başkanı gerek gördüğü durumda ilgili kamu veya özel kuruluş temsilcilerini de toplantıya çağırabilmektedir. İl ve İlçe Kurulları; İnsan hakları ihlali iddiaları ile ilgili başvuruları incelemek, araştırmak, inceleme ve araştırma sonuçlarını değerlendirmek, ulaşılan sonuçları konusuna göre cumhuriyet savcılıklarına ya da ilgili idari makamlara iletmek ve sonucunu takip etmek, insan haklarının korunması ve insan hak ve özgürlüklerinin kullanılmasının önündeki engeller ile hak ihlallerine yol açan sosyal, siyasi, hukuki ve idari sebepleri incelemek, araştırmak ve bunların çözümüne ilişkin valilik veya kaymakamlık makamına önerilerde bulunmakla görevlidir. Kurullar aynı zamanda insan hakları alanında bilgilendirme, bilinçlendirme, eğitim faaliyetleri gerçekleştirmek, toplumda çeşitli nedenlerden dolayı dezavantajlı konumda olan kadın, çocuk, hasta ve özürlü hakları ile ilgili araştırmalar yapılmasını ve çözümler üretilmesini teşvik etmek, insan hakları uygulamalarını yerinde görmek amacıyla ilgili kurum ve kuruluşlara ziyaretler gerçekleştirmek bu çerçevede karakol ve nezarethane kontrol defterlerini inceleyerek önerilerde bulunmak, olumlu insan hakları uygulamalarını çeşitli şekillerde teşvik etmek, her türlü ayrımcılığın önlenmesi için gerekli çalışmaları yapmakla görevlidirler. Diğer taraftan söz konusu kurullarda mülki idare amirlerinin başkan sıfatıyla yer alıyor olmaları Paris ilkelerinde öngörülen bağımsızlık ilkesini zedelemektedir.

Genel olarak bu tür kurumlar, insan hakları kurumlarından beklenebilecek olan faaliyetlerin hemen hemen hepsini yerine getirecek şekilde örgütlenmektedirler.⁹⁸⁸ İnsan hakları komisyonlarının yetki ve görevleri kendisini kuran kanun ya da kararnamede düzenlenmektedir. Komisyonlara tanınan yetkinin kapsamı değişmekle birlikte komisyonlar, genel olarak proaktif ve önleyici bir şekilde, geniş ölçekli bir fonksiyonu yerine getirmekle sorumludurlar. Komisyonların görevleri, hükümete insan hakları konularında tavsiyede bulunmak ve insan hakları yükümlülükleri konusundaki genel yaklaşımı izlemektir. Bunların yanında insan hakları alanındaki toplumsal farkındalığı artırma ve eğitim konusundaki faaliyetleri de gerçekleştirmektedirler. Şikâyetlerin incelenmesi ve dostane çözüm yoluyla uzlaştırma da genelde komisyonların görev ve yetkileri dâhilindedir.⁹⁸⁹ Bazı komisyonlar, insan hakları sorunlarıyla ilgili resmi inceleme yapma görevini de üstlenmişlerdir. İnsan hakları komisyonlarına verilen en önemli görevlerden biri de genel olarak bireylerden, bazen de çeşitli gruplardan gelen insan hakları ihlâli şikâyetlerini incelemektir.⁹⁹⁰

Böylelikle insan haklarına saygı ve onun korunması düşüncesi toplumda yerleştirilerek, ihlallerin önlenmesine dönük hem bireysel hem de toplumsal bilinç seviyesi yükselecek; bu konuda bir farkındalık ve hassasiyet oluşacaktır. Bu görevin gereği gibi yerine getirilebilmesi için komisyonlar genellikle konuyla ilgili delilleri toplama yetkisine sahiptirler.⁹⁹¹ Bu yetki, birey ile şikâyetçi olduğu kurum arasındaki işbirliği ya da iletişim eksikliğinden kaynaklanan olumsuzlukların önlenmesi bakımından önemlidir. Bir insan hakları komisyonunun bir şikâyet hakkında taraflar için hukuken bağlayıcı kararlar alabilme yetkisine sahip olması çok istisnai bir durum olup söz konusu yetkileri yoktur. Ancak bu durum, sorunun çözümüne yönelik komisyon tavsiyelerinin dikkate alınmayacağı anlamına gelmemektedir.⁹⁹² Yargının görevine yardımcı olacak şekilde şikâyet konusu hakkında inceleme ve soruşturma yaparak görevlerini yerine getirmektedirler.⁹⁹³ Diğer taraftan,

⁹⁸⁸ Altıparmak, 2007, s. 62-63.

⁹⁸⁹ Aydın, 2010, s. 9.

⁹⁹⁰ Aydın, 2010, s. 9.

⁹⁹¹ Ünal, 1997, s. 105.

⁹⁹² Aydın, 2010, s. 10.

⁹⁹³ AÇIK, Coşkun, Ulusal İnsan Hakları Kurumları ve Türkiye Örneğine Eleştirel Bir Bakış, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2011, s. 71.

CommonLaw'un uygulandığı Hindistan, İrlanda ve Güney Afrika gibi ülkelerle Letonya ve Nepal'de yargı yetkisine sahip komisyonlar da bulunmaktadır.⁹⁹⁴

İnsan hakları komisyonlarının bir diğer önemli görevi insan haklarını korumak ve geliştirmek amacıyla hükümetin insan hakları politikasını düzenli olarak izlemektir. Böylelikle aksayan yönler belirlenerek bunların düzeltilmesi amacıyla hükümete somut öneriler getirmektedirler.⁹⁹⁵

İnsan hakları komisyonları, aynı zamanda, devletin insan hakları alanındaki kendi iç hukukuna ve uluslararası hukuka riayet edip etmediğini de takip edip gereken durumlarda mevzuat ve uygulamaya ilişkin önerilerde bulunabilir. Bu, herhangi bir komisyonun re'sen soruşturma yapabilmesi gücü ve muhtemel etkinliği açısından önemli bir unsur oluşturmaktadır. Bu durum, başvuru yapmak için gerekli ekonomik, sosyal imkân ve güce sahip olmayan birey ve gruplar için çok önemlidir.⁹⁹⁶ İnsan hakları komisyonlarına örnek olarak, Güney Afrika İnsan Hakları Komisyonu, Avustralya İnsan Hakları Komisyonu ve TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu gösterilebilir. Bunlardan Güney Afrika İnsan Hakları Komisyonu, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi amacıyla, insan hakları düzenlemelerine uyumu izleyerek değerlendirmektedir. Komisyon bu amaçla raporlar hazırlamakta, ihlal iddialarını ele alarak gerektiğinde yetkili mahkemelere taşımaktadır. Ayrıca çeşitli insan hakları programları yürüterek işbirliğini teşvik etmektedir. Güney Afrika Komisyonu konut, sağlık hizmetleri, sosyal güvenlik, eğitim ve çevre konulu ekonomik ve sosyal hakların hayata geçirilmesinde sahip olduğu anayasal yetki nedeniyle diğer UIHK'den farklı bir nitelik taşımaktadır. Ağır hak ihlallerini ya da öncelik verdiği konular olan eşitlik ve yoksulluk konusundaki şikâyetleri ele alıp mahkemeye taşımaktadır. Komisyon ekonomik ve sosyal haklar alanında da aktif bir şekilde görevlerini yerine getirmektedir.⁹⁹⁷

Modelin diğer bir örneği Avustralya İnsan Hakları Komisyonudur. 1986 yılında, Avustralya İnsan Hakları Komisyonu Yasası ile oluşturulmuş ve 2008 yılında Avustralya İnsan Hakları Komisyonu adını almıştır. Avustralya İnsan Hakları Komisyonu, başkan ve beş üyeden oluşan bir kurumdur. Komisyon, toplumu

⁹⁹⁴ Aydın, 2010, s. 9.

⁹⁹⁵ Ünal, 1997, s. 106.

⁹⁹⁶ Aydın, 2010, s. 10.

⁹⁹⁷ Açık, 2011, s. 72.

bilgilendirmek ve eğitmek, ayrımcılık ve insan haklarıyla ilgili şikâyetleri incelemek, insan haklarına riayet edilmesini sağlamak, politika geliştirmek fonksiyonlarını yerine getirmektedir. İnsan hakları ihlali iddialarıyla ilgili olarak, şikâyetleri inceleyerek çözüme kavuşturmaktadır. Bunun yanında insan hakları norm ve ilkelerinin uygulamasını ilgilendiren davalarda mahkemelerin görevlerine yardımcı olacak şekilde tavsiyelerde bulunmaktadır. Ayrıca parlamento ve hükümetlere bilgi ve yardım sağlamakta, insan hakları ve ayrımcılık konularında araştırma çalışmaları yürüterek bunları koordine etmektedir. Komisyon, Asya-Pasifik Bölgesi'nde ve dünyada ırk ve cinsiyet ayrımcılığıyla mücadele konusunda, gerek Paris İlkelerine uyumu gerekse yetkilerini geniş bir biçimde yorumlayarak kullanması nedeniyle başarılı bir örneği teşkil etmektedir.⁹⁹⁸

Modelin ülkemizdeki örneklerinden biri olan TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu (İHİK), Meclisteki diğer komisyonların içtüzükle oluşturulmasına karşın Paris İlkelerine uygun bir şekilde kanunla kurulmuş olup milletvekillerinden oluşmaktadır. Yine diğer komisyonlarda yer alan üyeler ancak TBMM'de grubu olan milletvekillerinden oluştuğu halde İHİK'in üyeleri seçilirken siyasi parti gruplarıyla birlikte diğer tüm milletvekilleri de dikkate alınmaktadır. Böylelikle bir grup oluşturamayan partilerin milletvekilleri ile bağımsız olanların da Komisyonda yer alması sağlanarak Paris ilkelerinde öngörülen çoğulculuk hayata geçirilmiş olmaktadır. Komisyonun görevleri 3686 sayılı İHİK Kanununun 4. maddesinde düzenlenmiştir. Komisyonun görevlerinden ilki, uluslararası alanda kabul gören insan hakları konusundaki gelişmeleri izlemektir. İnsan haklarının dinamik bir yapıda olması nedeniyle sürekli olarak insan hakları gelişmekte ve yeni insan hakları ortaya çıkarak buna ilişkin bir takım sözleşmeler oluşturulmaktadır. Gerek bunlar gerekse BM, AB, AK ve diğer uluslararası ve bölgesel örgütlerde insan haklarıyla ilgili gelişmeler Dışişleri Bakanlığı tarafından İHİK'e bildirilmektedir. İHİK'in kuruluş amacına uygun bir şekilde fonksiyonlarını yerine getirebilmesi için söz konusu gelişmeleri takip edecek bir birime sahip olması gerekmektedir.

⁹⁹⁸ Açık, 2011, s. 73.

Doktrinde bu imkânın olmayışı nedeniyle İHİK'in, insan hakları alanında etkili bir güç olarak varlık gösteremediği belirtilmektedir.⁹⁹⁹

Komisyonun görevlerinden ikincisi, Türkiye'nin insan hakları alanında taraf olduğu uluslararası anlaşmalarla TC. Anayasası ve diğer millî mevzuat ve uygulamalar arasında uyum sağlamak amacıyla yapılması gereken değişiklikleri tespit etmek ve bu amaçla kanuni düzenlemeler önermektir. Bu bentte, İHİK'nun yasama organına bağlı bir kurum olarak görevini yerine getirirken referans noktasının uluslararası sözleşmeler olduğu ve ulusal hukuku, insan hakları sözleşmeleri ile ortaya çıkan uluslararası standarda uygun hale getirmek amacıyla başta kanunlar olmak üzere mevzuat değişikliklerine ilişkin çalışmalarda bulunması gerektiği belirtilmiştir. İnsan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelere öncelik tanıyan Anayasa değişikliğinin 2004 yılında yapıldığı düşünüldüğünde Komisyonun söz konusu bu görevinin kurulduğu tarih olan 90'lı yıllarda ne kadar önemli olduğu anlaşılmaktadır. Diğer taraftan Anayasa'nın 83. maddesine göre TBMM'ne kanun teklifi kurum olarak ancak Bakanlar Kurulu tarafından yapılabilmektedir. Bu nedenle madde de geçen yasal düzenleme önerisi ibaresini, insan haklarının uluslararası standarda ulaşması için yapılması gereken kanun değişikliklerini TBMM ve ülke gündemine sunmak şeklinde anlaşılmalıdır.

Komisyonun görevlerinden üçüncüsü, Türkiye Büyük Millet Meclisi komisyonlarının gündemindeki konular hakkında, istem üzerine görüş ve öneri bildirmektir. Söz konusu görüş ve öneri her ne kadar bağlayıcı olmaktan uzaksa da en azından kimi zaman TBMM'nin gündemindeki kanunun gerekçelerinden birini oluşturmak suretiyle ulusal hukukun insan hakları çerçevesinde oluşması sağlanmak istemiştir.

Komisyonun görevlerinden bir diğeri, Türkiye'de insan hakları uygulamalarının, taraf olduğu uluslararası antlaşmalara, Anayasaya ve kanunlara uygunluğunu incelemek ve bu amaçla, araştırmalar yapmak, bu konularda iyileştirmeler, çözümler önermektir. Böylelikle, Komisyon tarafından faaliyetlerinin incelenecek olduğunu bilen görevlerinin niteliği gereği insan hakları ihlali

⁹⁹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. EROĞLU, İzzet, Devletin İnsan Haklarını Koruma Mekanizmaları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2005, s. 135.

gerçekleştirme ihtimali yüksek olan başta kolluk güçleri olmak üzere kamusal yetki kullanan tüm birimler daha dikkatli olacaklar, insan hakları çerçevesinde bir hassasiyet ortaya çıkacaktır.

Komisyonun belki de en önemli görevlerinden biri, insan haklarının ihlâl uğradığına dair iddialar ile ilgili başvuruları incelemek veya gerekli gördüğü hâllerde ilgili mercilere iletmektir. İHİK'e insan haklarının ihlâl edildiği iddiasıyla çok sayıda başvuru yapılmaktadır. Yapılan başvurular İHİK uzmanlarınca incelenmekte ve dikkate değer olarak görülenler İHİK başkanına sunularak İHİK'nun inceleme yapmasının uygun olacağı yönünde görüş bildirilmektedir. Ayrıca İHİK üyeleri de bir insan hakkı ihlâlini doğrudan İHİK gündemine getirebilmektedirler. Başka bir ifadeyle, Komisyonun re'sen de harekete geçebilme yetkisi bulunmaktadır. İhlâl iddiası İHİK Başkanı tarafından İHİK gündemine getirilerek İHİK tarafından inceleme yapılıp yapılmaması değerlendirildikten sonra karara bağlanmaktadır. İnceleme yapılamasına karar verilenler hakkında bir alt komisyon kurularak inceleme yapılmakta; inceleme yapılmamasına karar verilenler ve İHİK uzmanlarınca İHİK Başkanı'na sunulmayan başvurular ilgili özel veya kamu kurumuna gönderilerek başvuru hakkında bilgi istenmektedir. İlgili kurumların İHİK'na gönderdiği bilgiler yeterli bulunursa başvuru sahibine geri gönderilmektedir.¹⁰⁰⁰

Komisyonun görevlerinden bir diğeri, gerektiğinde dış ülkelerdeki insan hakları ihlâllerini incelemek ve bu ihlâlleri o ülke parlamenterlerinin dikkatlerine doğrudan veya mevcut parlamenter forumlar aracılığı ile sunmaktır. Böylelikle Komisyon uluslararası bir inisiyatif de elde etmiş olmaktadır.

Komisyonun görevlerinden sonuncusu, her yıl yapılan çalışmaları, elde edilen sonuçları, yurt içi ve dışında insan haklarına saygı ve uygulamaları kapsayan bir rapor hazırlamaktır. İHİK'nun yapmış olduğu çalışmaları, elde edilen sonuçları, yurt içi ve yurt dışında insan hakları alanında yaşananlar ile olması gerekenlere ilişkin durum tespitinin yapıldığı bir raporu her yıl düzenli olarak hazırlaması gerekmektedir. Bentten anlaşılabacağı üzere raporda İHİK'in yaptığı çalışmalar ile ne ölçüde sonuçlar elde ettiği hususu da yer almalıdır. Başka bir ifadeyle, Komisyonun bir yıl içinde ne kadar başarı göstermiş olduğunun değerlendirilerek bir sonraki yıl

¹⁰⁰⁰ Eroğlu, 2005, s. 36.

için yapılması gerekenlere ışık tutulması istenmektedir. İHİK raporlarının son dönemlerde her yıl düzenli olarak hazırlanarak yayımlandığı görülmektedir. İHİK tarafından yayımlanmış olan 24. dönem 3. yasama yılı faaliyet raporunda, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Yer Alan Engelli Bireylere Yönelik İbarelerin değiştirilmesi, İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında bazı kanunlarda insan hakları çerçevesinde yapılan değişiklikler ile bir yıla ilişkin ulusal ve uluslararası çerçevede insan hakları alanında yaşananlara ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler yapılmıştır.¹⁰⁰¹

Modelin ülkemizdeki diğer bir örneğini 6332 sayılı Kanunla kurulan Türkiye İnsan Hakları Kurumu (TİHK) oluşturmaktadır.¹⁰⁰² Kanunun gerekçesinde, BM Paris prensiplerine uygun bir insan hakları teşkilatının kurulmasının amaçlandığı belirtilmiştir.¹⁰⁰³ Kanun 2. maddesinde, Kurumun bağımsızlığı vurgulanarak tıpkı bir yargı organı gibi görevin yerine getirilmesiyle ilgili konularda hiçbir organ, makam, merci veya kişinin Kurula emir ve talimat veremeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı belirtilmiştir. Kuruma üye seçimi çoğulcu bir şekilde gerçekleştirilmekte, Kanun 6. maddesiyle üyelere teminat sağlanarak kurumun etkinliği amaçlanmaktadır. Bu yönleriyle kurumun BM Paris prensipleriyle uyumlu olduğu görülmektedir.

Diğer taraftan bireyler gerek kendi hayatlarını etkileyen ya da etkileme olasılığına sahip olgulardan gerekse içinde yaşamış olduğu toplumda ortaya çıkan tüm gelişmelerden bilgi sahibi olmalıdır. Bu imkan, sadece bireyin hayatını sürdürmesini sağlamakla kalmamakta; beraberinde hukuk devletinin amaçlarından en önemlisini teşkil eden kişiliğini özgürce geliştirme hakkını da tanımaktadır. Bilgi edinme hakkının hayata geçmesi için, devlete düşen en önemli görev, 'bilgi verme' dir. Bu çerçevede devlet, elindeki bilgileri bireylere sunmalıdır.¹⁰⁰⁴ Söz konusu hakkın kullanılması amacıyla 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu 24.10.2003

¹⁰⁰¹ http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/belge/24_donem_3_yasama_yili_faaliyet_raporu.pdf, e.t: 04.02.2014.

¹⁰⁰² 30.06.2012 tarihli ve 28339 sayılı RG.

¹⁰⁰³ Bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0589.pdf>, e.t: 04.02.2014.

¹⁰⁰⁴ KAYA, Cemil, İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s. 38-39.

tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bilgi edinme hakkının etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamak amacıyla da Kanun 14. maddesiyle Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu (BEDK) kurulmuştur. Kurul üyelerinin görev süreleri dolmadan azledilememeleri, eylem ve işlemleri bakımından yürütme organının hiyerarşi ve vesayet denetimine tabi olmaması ve ayrıca Kurula hiçbir organ, makam veya merciden emir ve talimat verilememesi ya da tavsiye ve telkinde bulunulamaması¹⁰⁰⁵ yönleriyle Kurul, modelin ülkemizdeki diğer bir örneğini oluşturmaktadır.

C. GEREĞİNİ YERİNE GETİRME

Anayasal devletin başlangıçtaki hareket noktasını oluşturan; devletin, bireysel hak ve özgürlüklere keyfî bir şekilde müdahale etmesinin engellenmesi yoluyla sağlanacak doğal hak ve özgürlükler düzeni zamanla öncesinde de belirtilen nedenlerden dolayı, sosyal, ekonomik ve kültürel haklarla desteklenerek tamamlanmış; anayasal devletin dinamik yapıda olması gerektiği, artık onun sadece hak ve özgürlüklere müdahale etmeyen devlet şeklinde anlaşılamayacağı, hakların hayata geçirilmesi için bir takım adımlar atması gerektiği düşüncesi ortaya çıkmıştır. Bu durum, özellikle de ekonomik, sosyal yönden zayıf ve korunmaya muhtaç durumda olanların örneğin, çalışanların, kadının, çocuğun, ailenin korunması için gerekli olan haklar ile bütün hakların amacı olan insan onuruna yakışır bir hayatın sağlanması¹⁰⁰⁶ bakımından vazgeçilmez nitelikteki eğitim, sağlık, konut hakkı gibi haklar bakımından anayasal devlette önemli bir yere kavuşmuştur.

¹⁰⁰⁵ Kurulun nitelik ve oluşumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kaya, 2005, s. 283-289.

¹⁰⁰⁶ Sosyal devlete ilişkin olarak yapılan çeşitli tanımlar incelendiğinde görülecektir ki hepsinde ortak olan bir husus vardır, o da; devlet tarafından insan onuruna yaraşır asgari yaşam standartları oluşturmaktır. AYM de benzer şekilde kararlarında söz konusu hususu vurgulamaktadır. 2008/15 E, 2011/57 K, 30.03.2011, AMKD, Sy.48, C.II, 2011, s. 1008; 2002/45 E, 2008/109 K, 29.05.2008, 06.11.2008 tarihli ve 27046 sayılı RG.; 1991/7 E, 1991/143 K, 12.11.1991. Bu yönüyle kanaatimizce, aslında devletin insan haklarını yerine getirme fonksiyonu anayasal devlet bakımından onun sosyal devlet olma niteliğiyle yakından ilgilidir. AYM ise sosyal devletin gereklerini ayrıntılı olarak belirtmiş olduğu bir kararında, birey ile toplum, emek ile sermaye arasında bir dengenin kurulmasının, çalışanların insanca yaşamasının, çalışma hayatının kararlı bir şekilde gelişmesinin, çalışanların korunmasının, işsizliği önleyecek nitelikte sosyal, mali ve iktisadi tedbirler alınmasının ve millî gelirin adalete uygun bir şekilde dağılımı için çalışılmasının, sosyal güvenlik ve adalet ihtiyacının karşılanmasının, toplumsal kutuplaşmaların azaltılmasının sosyal devletin gerekleri

Bu çerçevede, devletin insan haklarını yerine getirme fonksiyonu-sorumluluğu, devletin kendi egemenlik alanında bulunan herkesin, söz konusu haklardan kaynaklanan bir takım ihtiyaçlarını karşılayabilmesi için gerekli olan bütün önlemleri, ‘*geliştirici*’ bir şekilde alması anlamına gelmektedir.¹⁰⁰⁷ ‘Uygulama Yükümlülüğü’ adı da verilen bu fonksiyon sayesinde, hakkın tam olarak gerçekleştirilip etkin bir şekilde kullanılabilmesi için devlet, özel nitelikte bir takım pozitif adımlar atıp, önlemler almaktadır. AİHS çerçevesinde ortaya konulan hak ve özgürlükler sistemi de, hakların sadece devlete ya da üçüncü kişilere karşı korunmasını değil, aynı zamanda bireyler tarafından etkili bir şekilde kullanılabilir hale gelmesi için devlet tarafından atılması gereken bir takım pozitif adımları öngörmektedir.¹⁰⁰⁸ Anayasal devletin bu fonksiyonu, 22-26 Ocak 1997 tarihinde Maastricht kentinde gerçekleştirilen toplantı sonucunda ilan edilen ‘Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların İhlallerine İlişkin Maastricht İlkeleri’nde, başta ekonomik, sosyal ve kültürel haklar olmak üzere bireylerin insan haklarından fiilen yararlanabilmeleri için devletin, gerekli olan tüm kanuni, idari, mali ve yargısal nitelikte önlemleri alması şeklinde ifade edilmiş; devletin, belli bir haktan yararlanılabilmesi için mantıklı bir şekilde planlanmış çeşitli faaliyetlerinin olması gerektiği belirtilmiştir. Söz konusu ilkelerde bu fonksiyon, sağlık hakkı bakımından ele alınmış, hak çerçevesinde örneğin doğum sırasında gerçekleşen ölümlerin azaltılmasına yönelik devletin bir eylem planının olması ve bunun uygulanmasının önemi vurgulanmıştır.¹⁰⁰⁹

Diğer taraftan uygulamada da 1979 yılından itibaren Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK) ve AİHM, Sözleşmede düzenlenmiş olan bireysel haklara ilişkin olarak getirilen güvencelerin bir anlam ifade edebilmesi için, devletin müdahale

bakımından önemi vurgulanmıştır. 1963/336 E, 1967/29 K, 27.09.1967, AMKD, Sy.6, 2. Baskı, 1992. AYM’nin yeni tarihli bir başka kararında ise güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği ve toplumun dengesini sağlamanın sosyal devlet bakımından önemine dikkat çekilmiştir. 2011/128 E, 2012/40 K, 15.03.2012, AMKD, Sy.49, C.II, 2012, s. 1025. Bir başka kararında ise, insanın maddi ve manevi varlığını geliştirmesine imkân verecek gerekli şartları hazırlamanın sosyal devletin görevlerinden biri olduğu belirtilmiştir. 2007/60 E, 2010/119 K, 30.12.2010, AMKD, Sy.48, C.I, 2011, s. 268.

¹⁰⁰⁷ ŞAHİN, Adil, “*Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal Ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme*”, AÜHFD, Sy.59, 2010, s. 727.

¹⁰⁰⁸ METİN, Yüksel, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler*”, Uluslararası İlişkiler Dergisi, C. VII, Sy. 27, 2010, s. 11.

¹⁰⁰⁹ Maastricht ilkelerinin Türkçe çevirisi için bkz.

www.devmadensen.org.tr/arsiv/belge/ekosok/maast_ilkeleri.doc. e.t: 27.06.2014.

etmeme şeklindeki tavrının, pozitif adımlar atılarak tamamlanması gerektiğini belirterek, ‘pozitif yükümlülükler’ şeklinde bir kavram ortaya çıkmıştır. Söz konusu bu çerçevede vermiş olduğu ilk kararında,¹⁰¹⁰ aile yaşamına saygı kavramı içinde devletin bir takım pozitif yükümlülüklerinin de olduğu, evlilik birliği içinde doğmayan bir çocuğun ailesiyle bütünleşmesini sağlayacak şekilde adımlar atmanın devletin bir görevi olduğu belirtilmiştir. Böylelikle AIHM, Sözleşme’nin 1. maddesinde hüküm altına alınan taraf devletlerin egemenlik alanlarındaki herkesin Sözleşmede belirtilen haklardan yararlanmasını sağlamak için onlara saygı göstermek şeklinde ortaya çıkan sorumluluklarının bununla sınırlı olmadığını, pozitif nitelikte bir takımlar adımlar atılması gerektiğini ortaya koymuştur.¹⁰¹¹

Bu kavram, Sözleşme’nin, müdahale etmeme yükümlülüğü dışında, taraf devletlere yüklediği sorumlulukları ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Pozitif yükümlülükler kavramı, doktrinde farklı şekillerde tanımlanmaktadır. AIHS çerçevesinde pozitif yükümlülükler, günlük yaşam içinde insan haklarının etkinliğini sağlamak, temel hakların üçüncü kişiler tarafından ihlâl edilmesini önlemek ve haklardan etkili şekilde yararlanabilmek için devlet tarafından alınması gereken önlemler şeklinde tanımlanmaktayken¹⁰¹² Alman doktrininde ise pozitif yükümlülükler, geniş anlamda devlet hizmetlerinden yararlanmayı sağlayan temel haklar veya gereğini yerine getirme yükümlülüğü olarak kabul edilmektedir.¹⁰¹³

Hemen belirtmelidir ki, uygulamada söz konusu bu fonksiyon, kişisel ve siyasal haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel haklar arasında var olduğu iddia edilen farklılıkların en belirgin hale geldiği bir fonksiyon türüdür. Çünkü gereğini yerine getirme, devletin haklar karşısındaki tutumunun neredeyse tümüyle pozitif nitelikte olmasını gerektiren bir sorumluluk türü olarak ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de, devletin söz konusu fonksiyonunu yerine getirmiş sayılması için bu hakların pasif süjesi olan devletin, elindeki imkânları bu amacın gerçekleştirilmesine

¹⁰¹⁰ Marckx/ Belçika, Başvuru No: 6873/34, 13.06.1979, www. http://aihm.anadolu.edu.tr/. e.t: 27.06.2014.

¹⁰¹¹ Benzer kararlar için bkz. Airey/ İrlanda, Başvuru No: 6289/73, 06.02.1981. e.t: 27.06.2014.; X ve Y/ Hollanda, Başvuru No: 8978/80, 26.03.1985, www. http://aihm.anadolu.edu.tr/. e.t: 27.06.2014.

¹⁰¹² Metin, 2010, s. 112.

¹⁰¹³ CORDULA Droge, “Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechts konvention”, Berlin, Springer Verlag, 2003, s. 5. den nakleden, Metin, 2010, s. 113.

tahsis etmiş olması gerekmektedir.¹⁰¹⁴ Bu çerçevede olmak üzere insan haklarının birbirini tamamlayan bir bütün olduğu ve aralarında hiyerarşik bir ilişkinin kurulamayacağı, taraf devletlerin her bir hakkın asgari düzeyde de olsa gerçekleşmesi gibi temel bir sorumluluklarının olduğu, ESKH Komitesinin ‘3 Numaralı Genel Yorumu’nda ve ‘Maastricht Kuralları’nda da açıkça belirtilmiştir. Komite söz konusu bu yorumunda Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi’nin 2/1. maddesinde yer alan taraf devletlerin yükümlülüklerini ‘aşamalı’ olarak yerine getireceklerine dair ibarenin, devletlerin bu alandaki sorumluluklarını ortadan kaldırmayacağına, Sözleşmede belirtilen hakların sağlanması konusunda kesin ve açık bir yükümlülük olduğuna dikkat çekmektedir.¹⁰¹⁵ ESKHS’ndeki bazı hakların ‘derhal’, bazılarının ise ‘tedrici olarak’ gerçekleştirilebileceğinin ifade edildiği ESKHS’nin yorumuna ilişkin Limburg Prensipleri’nde,¹⁰¹⁶ taraf devletlerin, ESKHS’deki bütün hakların gerçekleştirilebilmesi için ‘derhal adım atmaları gereği’ vurgulanmıştır.

Diğer taraftan pasif bir süje olarak devlet, hakların gereğini yerine getirme fonksiyonunu, başlıca iki şekilde yerine getirebilir. Bazı haklar bakımından devletin yapması gereken, bireylerin haklardan yararlanabilmeleri için gerekli olan koşulları sağlamakla sınırlıdır. Örneğin devlet, bireylerin konut hakkından yararlanması için konut sahibi olmalarını kolaylaştıracak önlemler alabilir. Türk Hukukunda 1982 Anayasası’nın konut hakkını düzenleyen 57. maddesinde, devletin, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri almakla ve bireylerce girişilecek toplu konut teşebbüslerini desteklemekle sorumlu olduğu belirtilmiştir.¹⁰¹⁷

Yine aynı şekilde, Anayasa’nın çalışma hakkını düzenleyen 49. maddesi de, 2. fıkrasında devlete, herkesin çalışma hakkından yararlanabilmesi için işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak sorumluluğu vermiştir.¹⁰¹⁸ Diğer

¹⁰¹⁴ Algan, 2007, s. 88.

¹⁰¹⁵ 3 Numaralı Genel Yorumun Türkçe metni için bkz. UYAR, Lema, Birleşmiş Milletlerde İnsan Hakları Yorumları, İBÜY, İstanbul 2006, s. 136-142.

¹⁰¹⁶ Limburg İlkeleri: UN doc.E/CN.4/1987/17, p.16.

¹⁰¹⁷ Algan, 2007, s. 88-89.; Üzerinde uzlaşmaya varılan TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu taslağının 'Konut ve Barınma Hakkı' başlıklı 36. maddesinde, mevcut düzenlemeden farklı olarak konut hakkı insan onuruyla ilişkilendirilerek daha güçlü hale getirilmiş, devlete bu çerçevede gereken tedbirleri alma görevi verilmiştir. TBMM'de grubu bulunan siyasi partilerin konuyla ilgili önerileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Barın, 2014, s. 163-165.

¹⁰¹⁸ Üzerinde uzlaşmaya varılan TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu taslağının 'Çalışma, İş Güvenliği ve Adil Ücret Hakkı Hakkı' başlıklı 39. maddesinde, mevcut düzenlemeye benzer şekilde

tarafından bazı haklar bakımından ise bu sorumluluğun gereğinin yerine getirilmiş sayılabilmesi için, devletin gerekli koşulları hazırlaması yeterli olmayıp haktan yararlanılmasının, doğrudan doğruya devlet tarafından bireylere sağlanmış olması gerekebilir.¹⁰¹⁹ Bu konuda yine 1982 Anayasası'nda çeşitli örneklerle rastlanmaktadır. Örneğin, bireylerin sosyal güvenlik haklarından yararlanması için devlet, sosyal güvenliği sağlayacak önlemleri almak ve gerekli idari teşkilatı kurmakla görevlidir (md. 60/2). Yaşlılar, devlet tarafından korunmak zorundadır (md.61/3). Devlet ayrıca, bireylerin sağlık hakkından gereği gibi yararlanabilmesi için sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermelerini düzenlemek ile de sorumlu tutulmuştur (md. 56/3).¹⁰²⁰

Bireylerin, bazı sosyal, ekonomik ve kültürel haklardan gereği gibi yararlanabilmeleri bakımından devletin söz konusu bu fonksiyonu daha da önem kazanmaktadır. Bu nedenle pek çok devlet, 'ülkenin içinde bulunduğu ekonomik durum', 'toplumsal öncelikler' gibi sübjektif içerikli bir takım nedenlere dayanarak veya 1982 Anayasası'nın 65. maddesi örneğinde olduğu gibi 'malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde' sorumluluk yükleneceğini belirterek bu hakların gereğini yerine getirme fonksiyon ve sorumluluklarını daha baştan sınırlama yolunu tercih etmektedirler. Benzer şekilde, ESKHS'nin 2. maddesinde yer verilen, 'kaynakların var gücüyle' ibaresi örneğinde olduğu gibi uluslararası insan hakları sözleşmelerinde de bu tür düzenlemeler yer almaktadır.¹⁰²¹ Ancak insan haklarının özellikle de ekonomik, sosyal ve kültürel hakların bir program dahilinde kademeli olarak yerine getirilebilecek olması şeklinde gerek anayasal düzenlemelerde gerekse uluslararası sözleşmelerde devletlere tanınmış olan imkan, taraf devletin sahip olduğu kaynaklarının sayısal büyüklüğünden bağımsız bir konu olup aslında kaynakların mümkün olduğunca etkili bir şekilde kullanılmasını ifade etmektedir.¹⁰²²

Anayasamızın 65. maddesi çerçevesinde bir değerlendirme yapılacak olursa; kaynakların yeterliliği ölçütü, devletin kaynaklarını örneğin eğitim hakkının

3. fıkrada belirtilen amaçları gerçekleştirmek üzere devlete elverişli ekonomik bir ortam yaratmak sorumluluğu vermiştir. TBMM'de grubu bulunan siyasi partilerin konuyla ilgili önerileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Barın, 2014, s. 139-144.

¹⁰¹⁹ Algan, 2007, s. 89.

¹⁰²⁰ TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu taslağının 34/3, 51 ve 33. maddelerinde de benzer düzenlemeler yer almaktadır. Bkz. Barın, 2014, s. 163-173.

¹⁰²¹ Algan, 2007, s. 89-90.

¹⁰²² Şahin, 2010, s. 732.

amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek tahsis etmesi gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır. Söz konusu bu hüküm, devletin bu alandaki sorumluluğunun sınırlılığını değil; kaynak tahsisinin hangi kriterlere göre olması gerektiğini belirtmektedir. Ancak anayasal bir devletin anayasasında devletin bu sorumluluğunun daha kuvvetli ifadelerle hüküm altına alınması gerekmektedir. Örneğin ESKHS'nin 2. maddesinde, taraf devletlerin Sözleşmede düzenlenmiş hakları gerçekleştirmek bakımından “kaynaklarının var gücüyle” hareket etmesi gerektiği belirtilerek bir bakıma devletlerin takdir hakkı ortadan kaldırılmıştır. Böylesine bir ifadenin Anayasamızda yer almaması anayasal devletin gerekleri bakımından son derece eleştiriye açık bir durumu teşkil etmektedir. Ayrıca her ne kadar ekonomik, sosyal ve kültürel hakların gerçekleştirilmesinin aşama aşama olacağı genel olarak kabul edilmekteyse de Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların İhlallerine İlişkin Maastricht İlkeleri'nde de belirtilmiş olan, devletin, belli bir haktan yararlanılabilmesi için mantıklı bir şekilde planlanmış çeşitli faaliyetlerinin olması gereği anayasal düzeyde hüküm altına alınarak devletin sorumluluğu vurgulanmalıdır. Anayasal devletin gerekleri bakımından kanaatimizce örneğin 65. maddeye, kaynakların yeterliliği ifadesinden sonra, “belli bir planlama dahilinde” ibaresi eklenerek şöyle bir düzenlenme önerisi getirilebilir:” *Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirtilen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun özellikleri gözeterek mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde ve belli bir planlama dahilinde yerine getirir.*”

Diğer taraftan, Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa Sosyal Şartında birinci bölümünün giriş cümlesinde yer alan, “*Akit taraflar ulusal ve uluslararası nitelikteki tüm uygun yollarla aşağıdaki hak ve ilkelerin etkili bir biçimde gerçekleşeceği koşullara ulaşmayı politikalarının amacı sayarlar*” ifadesi, Şartta düzenlenen hakların niteliği dikkate alındığında sosyal ve ekonomik haklardan bireylerin günlük yaşamlarında etkin bir şekilde faydalanabilmesi için sadece devletin sahip olduğu ulusal kaynak ve imkânların değil; aynı zamanda, uluslararası düzeyde yapılacak girişimlerden elde edilecek örneğin bir devletten ya da uluslararası bir örgütten sağlanacak olan hibe aracılığıyla ortaya çıkacak kaynakların da bu amaç çerçevesinde kullanılması gerektiğini belirtmektedir. Hem Limburg Prensipleri'nde, hem de Maastricht Kuralları'nda, ESKHS'de düzenlenmiş olan ekonomik, sosyal ve

kültürel haklar alanında, taraf devletin, asgari düzeyde bir sorumluluğu olduğu; bunu yerine getirirken de, zaten kaynak durumunun herhangi bir öneme sahip olmadığı belirtilmiştir. Başka bir ifadeyle, taraf devlet, kaynaklarının yetersiz olduğu mazeretinin arkasına sığınarak, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar bakımından ortaya çıkan asgari sorumluluklarının gereğini yerine getirmeme; bunu geçiştirme hakkına sahip değildir.¹⁰²³

II. ANAYASAL DEVLETTE ANAYASA YARGISININ YERİ VE FONKSİYONLARI

Devletin tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olmasını öngören hukuk devleti ilkesi ile ulusal egemenliğin üstünlüğü ilkesini içeren demokrasi arasında zaman zaman bir gerilim ortaya çıkmakta ve Anayasa ile İdare Hukuku dallarındaki yargısal denetimle siyaset kurumu, söz konusu bu gerilimin nasıl giderileceği konusunda karşı karşıya gelmektedirler. Rousseau'nun düşünsel temellerini attığı mutlak demokrasi anlayışı ile hukuk devleti arasındaki bu gerilim bir takım sorunlara yol açmış ve bu sorunların ortadan kaldırılması özellikle de XX. yüzyılın ilk yarısında çok kolay olmamıştır. Aslında çoğunluk iradesinin mutlak üstün olduğu görüşü, bu dönemde dünyada hızla gelişerek yayılan faşizme dayanan diktatörlüklerin neden olduğu insanlık ayıplarının üstünü örtme amacıyla kullanılan bir araç haline gelmiştir.¹⁰²⁴

XIX. yüzyılın liberal anlayışında temel hak ve özgürlüklerin en büyük güvencesi, bunların yasama organınca kanunlar şeklinde düzenlenerek bu konuda tek söz sahibinin yasama organı olmasıydı. Ancak yaşanan söz konusu deneyimden sonra, temel hak ve özgürlüklerin korunması düşüncesi bu kez kanuna karşı korunma

¹⁰²³ Üzerinde uzlaşmaya varılan TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu taslağının 'Devletin Sosyal ve Ekonomik Görevlerinin Sınırı' başlıklı 40. maddesinde, mevcut düzenlemeye benzer şekilde, devletin söz konusu alandaki görevlerini, uygun öncelikleri gözeterek, mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği hüküm altına alınmakla birlikte 2. fıkrada, sınırlı sayıda da olsa sağlık, sosyal güvenlik ve iş güvenliği gibi sosyal devleti yakından ilgilendiren hakların hayata geçirilmesinde, gerek Limburg Prensipleri'nde gerekse Maastricht Kuralları'nda belirtildiği üzere taraf devletin, asgari düzeydeki sorumluluğu; bunu yerine getirirken de, kaynak durumunun herhangi bir öneme sahip olmaması durumu anayasal güvenceye kavuşturulmak istenmiştir. TBMM'de grubu bulunan siyasi partilerin konuyla ilgili önerileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Barın, 2014, s. 178-179.

¹⁰²⁴ Azrak, 2008, s. 213.

olarak ortaya çıkmaya başlamıştır. Bu gelişme yasama organının iradesini denetleyecek, onu anayasaya riayete zorlayacak yüce bir makamın varlığının gerektiği düşüncesini ortaya çıkarmıştır.¹⁰²⁵ Diğer bir ifadeyle II. Dünya Savaşı'ndan sonra kanun anlayışı değişmiş; asli kurucu iktidarın koyduğu anayasa hükümlerinin tali kurucu iktidarı da bağladığı gerçeği kabul edilmiştir. Ulusal egemenliğin devletin temel organları arasında paylaşılmasının anayasal düzeyde kabul edilmesinin sonucunda, hem çoğunluk iradesinin temsilcilerinden oluşan kanun koyucunun yapmış olduğu kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyecek, hem de azınlıkta kalanları çoğunluk karşısında koruyacak olan anayasa yargısı, çok fonksiyonel bir kurum olarak Avrupa'nın hukuk ve siyaset gündeminde ilk sırayı almış ve hızla yaygınlaşmıştır.¹⁰²⁶

Temel hak ve özgürlükleri güvence altına alan Savaş sonrasının anayasalarının anayasa yargısını öngörmeleri aynı zamanda, o zamana kadar herhangi bir korumaya sahip olmayan anayasa hukukunun yargısal nitelik kazanarak, herhangi bir şekilde ihlalinin hukuksal müeyyide altına alındığının da bir ifadesi olmaktadır.¹⁰²⁷

Diğer taraftan, doktrinde Anayasa yargısı konusunda yapılan çalışmalar, 'anayasacılık', 'sınırlı devlet', 'kuvvetler ayrılığı', 'hukuk devleti' gibi esas amaçları mutlak iktidarı önleyerek anayasal devletin hayata geçmesini sağlamak olan kurumları da içermektedir.¹⁰²⁸ Benzer şekilde anayasacılık, hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı, temel hak ve özgürlükler konularındaki çalışmaların da anayasa yargısı ile ortak noktalar içerdiği bilinen bir gerçektir.¹⁰²⁹ Bu çalışma da anayasal devletin kurumlarını, temel hak ve özgürlükleri konu edinmesine rağmen bu bölümde anayasa yargısına yer verilmiştir. Bu yönüyle anayasa yargısı, anayasacılık özelinde anayasal devletin temel amaçlarından biri olan temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınıp hayata geçirildiği 'iyi yönetime' ulaşma çabalarının engellenmesine yönelik

¹⁰²⁵ TEZİÇ, Erdoğan, "*Kanunların Esas Açısından Anayasaya Uygunluğunun Denetimi*", İÜHFM, C.51, Sy.1-4, 1985, s. 22.

¹⁰²⁶ Azrak, 2008, s. 214.

¹⁰²⁷ Azrak, 2008, s. 214.

¹⁰²⁸ Örnek çalışmalar için bkz. Kaboğlu, 1994; GÜLSOY, Mehmet Tevfik, *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*, Yetkin Yayınları, Ankara 2007; ERGÜL, Ozan, *Yeni Kuramsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.

¹⁰²⁹ Örnek çalışmalar için bkz. Turhan, 2005; Sır, 2011; Gül, 2010.

eylem ve işlemlerin müeyyidesi durumundadır.¹⁰³⁰ Bu noktada, devlet organizasyonu içinde yer alan ve kamusal yetki kullanan çeşitli düzeydeki otoritelerin, sınırlı iktidarı hayata geçirecek en temel hukuksal araç olan anayasaya riayet etmesini bir temenni ya da ideal olmaktan çıkarıp bir kamu uygulaması haline getirmeyi kimin hangi yöntemle sağlayacağı sorusu önem kazanmaktadır. Bunun cevabı, şu ana kadar ortaya konmuş en etkili müeyyide mekanizması olarak ‘Anayasa Yargısı’ olmaktadır.

Sınırlı iktidar bağlamında devlet organlarının yetki ihlallerini engelleyebilmek ve çoğulcu yapıyı hayata geçirebilmek için fren ve denge mekanizmalarının varlığı büyük önem taşımaktadır. Bu sistemler, toplumun sosyal barışı için de bir zorunluluktur. Bütün bunları sağlayacak olan, kamuoyu, medya ve seçmen duyarlılığı gibi siyasi ve manevi unsurların dışında yargısal usullerle devlet organlarının anayasaya uymasını sağlayan önlemlerdir. Hukuki güvenceler olarak ifade edilen bu husus, devlet organlarının anayasaya aykırı tasarruflarını önleyen etkili bir güvence mekanizmasını ortaya çıkarmaktadır. Bu yönüyle anayasa yargısı en etkin hukuki güvence olarak kabul edilmektedir.¹⁰³¹

Diğer taraftan, hukuk devleti ilkesi çerçevesinde bireylerin subjektif iradelerinin değil, içeriğinde çağdaş özgürlükler olan hukuk kurallarının üstün ve geçerli olduğu her seferinde kuvvetli bir şekilde tekrar edilip vurgulanabilir. Ancak bu durumda da bir hukuk sisteminin temelini oluşturan anayasaya riayet edilmesini kimin nasıl sağlayacağı meselesi gündeme gelmektedir. Bu meselenin çözüme kavuşturulması da hiç şüphe yok ki ‘Anayasa Yargısı’ ile mümkün olmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alındığı, yöneticilerin yönetilenler gibi hukuka tabi olduğu bir devlet olan anayasal devletin gerek düşünsel olarak ortaya çıkması gerekse hayata geçmesi için de anayasa adı verilen en üstün hukuk normuyla birlikte her şeyden önce anayasa yargısına ihtiyaç bulunmaktadır.

¹⁰³⁰ Ergül, 2007 (a), s. 69.

¹⁰³¹ TUNÇ, Hasan, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı (Denetimin Kapsamı ve Organları), Yetkin Yayınevi, Ankara 1997, s. 17-18.

A. BİR KAVRAM OLARAK ANAYASA YARGISI

Bir devletin hukuksal yapısı anayasa temeli üzerine kurulur. Anayasa devletin şeklini ve temel organlarını, hak ve özgürlükleri, devletin iktidar sahibi bir güç olarak yetkileri ile bunun sınırlarını, kullanılma şartlarını belirleyerek devletin hukuksal çerçevesini çizer. Devletin bütün eylem ve işlemleri ancak bu sınırlar dahilinde kaldığı sürece anayasaya uygun olacaktır.¹⁰³² Anayasaya uygunluk denetimi, yargısal denetimin dışında siyasal denetim aracılığıyla da yapılabilir. Siyasal denetimi yapacak organ olan yasama organı, gerek kanunların yapımında şekil ve esas yönünden anayasaya aykırılıktan kaçınarak gerekse anayasaya aykırı olan kanun ve içtüzük hükümlerini yürürlükten kaldırarak bu fonksiyonu yerine getirir.¹⁰³³ Ancak yasama organı bu fonksiyonunu çeşitli nedenlerden dolayı çok zor ve uzun zaman içinde yerine getirir. Günümüzün anayasal devletlerinde anayasaya uygunluk denetimi yargısal usullerle ve Anayasa Mahkemeleri gibi üst yargı organları aracılığıyla yapılmaktadır.

Yargısal usuller kullanarak devlet iktidarını sınırlayan en önemli bir kurum olarak anayasa yargısı, çeşitli açılardan sınıflandırılmaktadır. Bunlar, dar ve geniş anlamda anayasa yargısı veya şekli ve maddi anayasa yargısıdır. Geniş anlamda anayasa yargısı, anayasaya riyeti sağlayan her türlü yargı işlemidir. Bu yönüyle sadece kanunların değil diğer tüm hukuksal işlemlerin yargısal yolla anayasal

¹⁰³² Hukuka aykırılık, bir davranışın veya bir işlemin tabi olduğu hukuk kuralına uygun olmamasıdır. Örneğin bir kişinin hukuka uygunluk şartları gerçekleşmeksizin birini öldürmesi, her gün belli bir saatte göreve gelmesi gereken devlet memurunun hiçbir hukuksal mazereti olmaksızın işe gelmemesi fiilleri tabi olduğu hukuk kuralına aykırıdır. Herhangi bir davranış ile tabi olduğu hukuk kuralı arasında az yada çok bir uygunsuzluk, bir çelişki varsa bu davranış hukuka aykırıdır. Diğer taraftan gerek kanunlar gerekse yasama organı içtüzükleri hukuki nitelik olarak birer hukuki işlemidirler ve tabi oldukları hukuk kuralı olan anayasanın çizmiş olduğu sınırlar içinde kalmaları gerekir. Bunların anayasaya aykırı olmaları hukuka aykırı olmaları sonucunu doğuracaktır. Dolayısıyla anayasaya aykırılık hukuka aykırılığın özel bir biçimini oluşturmaktadır. Anayasaya aykırılık, bir kanun veya içtüzüğün anayasaya hiçbir şekilde uygun olmaması veya onla çelişen hükümler içermesi; başka bir ifadeyle anayasaya gereğince uygun olmaması veya hiç uygun olmaması durumunu ifade etmektedir. ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, “*Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu*”, AYD, Sy.1, 1984, s. 101; SEÇKİN, Recai, “*Anayasaya Aykırılık Kavramının Tanımlanması Yolunda Bir Deneme*”, İçinde: Prof. Dr. K.Fikret ARIK’a Armağan, AÜSBFY, Ankara 1973, s. 405-407.

¹⁰³³ Aliefendioğlu, 1984, s. 102.

denetime tabi tutulmasını kapsamaktadır.¹⁰³⁴ Bunun dışında bazı anayasal sorunları yargısal usullerle çözerek karara bağlama faaliyeti de anayasa yargısının kapsamındadır. Örneğin AAM, anayasaya uygunluk denetimi yanında, federal devlet sisteminden kaynaklanan sorunları çözme, temel hak kayıpları konusunda karar verme, anayasaya aykırı partileri tespit etme ve anayasal yorum yapma konularında yetkilidir.¹⁰³⁵ Benzer şekilde AYM'nin de, bireysel başvuru yoluyla bir takım temel hak ve özgürlükler bakımından ortaya çıkan hak kayıplarını giderme, siyasi partilerin faaliyetlerini Anayasa ve kanunlara uygun olarak yerine getirip getirmediğini denetleme ve gerektiğinde yaptırım uygulama gibi yetkileri bulunmaktadır.

Böylelikle anayasa yargısı anayasa hukukuna riayeti sağlayarak anayasanın korunmasına hizmet etmekte,¹⁰³⁶ anayasanın üstünlüğünü sağlayan teknik ve kurumların tamamını ifade eden bir kavram haline gelmektedir.¹⁰³⁷ Dar anlamda anayasa yargısı ise kanun, KHK, içtüzük ve bazı parlamento kararlarının anayasaya uygunluk denetiminin yargı mercilerince yargısal usullerle yapılmasını ifade etmektedir.¹⁰³⁸

Doktrinde, anayasa yargısı kavramını daha özel hale getirmek amacıyla kavram, “*doğrudan doğruya anayasaya riayeti sağlayan her türlü yargı işlemi*” şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁰³⁹ Bu tanımda geçen ‘doğrudan doğruya’ ibaresinin bir önemi bulunmaktadır. Şöyle ki, tüm yargı kollarının nihai amacı anayasal düzene riayeti sağlamaktır. Bu durumda, anayasa yargısının yetki alanında olmayan çok az bir hukuki işlem kalırdı. Söz konusu bu ibare ile başta idari yargı olmak üzere diğer yargı kolları ile anayasa yargısı arasında bir ayrım yapılmaktadır. Örneğin idari yargıda idari işlemin hukuka uygunluğu başta anayasa uygunluk olmak üzere diğer pek çok nedene bağlı olup sadece anayasaya uygunluk yargısal denetimin sonucu belirleyen bir unsur olmamaktadır.¹⁰⁴⁰ Şekli ve maddi açıdan yapılan ayrım da, anayasaya uygunluğu denetlemekle görevli organa, pozitif hukukun tanıdığı tüm

¹⁰³⁴ BALTA, Tahsin Bekir, “*Türkiye’de Anayasa Yargısı*”, AÜHFD, C.18, Sy.1-4, 1961, s. 547, dn.1.

¹⁰³⁵ Aliefendioğlu, 1984, s. 102; Özbudun, 1995, s. 341.

¹⁰³⁶ GÖREN, Zafer, “*Türk ve Alman Anayasa Hukukunda Anayasa Yargısının Sınırları ve Yürürlüğü Durdurma Kararları*”, AYD, Sy.12, 1995, s. 223.

¹⁰³⁷ ATAY, Ender Ethem, “*Anayasa Yargısı Kıt Avrupa Modeli*”, İçinde: Prof. Dr Ali Naim İNAN’a Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 1083.

¹⁰³⁸ Özbudun, 1995, s. 341; Aliefendioğlu, 1984, s. 103; Atay, 2009, s. 1083; Gözler, 2007, s. 20.

¹⁰³⁹ Tunç, 1997, s. 18.

¹⁰⁴⁰ KIRATLI, Metin, Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi, AÜSBFY, Ankara 1966, s. 16.

yargısal yetki ve görevlere şekli anlamda anayasa yargısı adı verilmekteyken maddi anlamda anayasa yargısı ise maddi anlamdaki anayasaya dahil anayasal problemleri çözmeye yetkili olan yargıyı ifade etmektedir.¹⁰⁴¹

B. ÖZGÜRLÜKLER ÇERÇEVESİNDE ANAYASA YARGISININ MEŞRULUĞU

Bir siyasal sistemin ve bu sistemdeki mevcut siyasal kurumların, toplum için en uygun olduğuna ilişkin bir inancı yaratıp bunu sürdürme kapasitesi olarak açıklanabilecek meşruiyet,¹⁰⁴² kanunilik kavramından daha farklı ve geniş bir anlama sahiptir. Kanunilik, herhangi bir olgu yada olayın pozitif hukuk karşısındaki durumunu ifade ederken meşruluk, bu anlamı aşan daha kapsayıcı bir kavramdır. Anayasa yargısının kurulması devletin egemen bir güç olmasından kaynaklanan temel nitelikteki bir kısım yetkilerinin, vatandaşlarca seçilmiş olmayan bu nedenle de halka dayanmayan ve ona hesap verme durumunda olmayan bir kuruma devri anlamına geldiğinden doğuşu nasıl açıklanırsa açıklansın, bu yargı kolunun meşruluğu doktrin ve uygulamada tartışmalı konuların başında gelmektedir.¹⁰⁴³

Demokratik meşruiyetten yoksun bir yargı ve özel olarak da anayasa yargısı, temel hak ve özgürlükleri korumak ve geliştirmek için çok büyük bir gayret gösterse bile zaman içinde böyle bir şey istenmediği halde kendiliğinden bir baskı aracı haline dönüşebilir. Kanun koyucunun anayasayı doğru uygulamasını denetleme fonksiyonunu yerine getiren anayasa yargısının bu konumu, halkın seçmiş olduklarının çalışmasını değerlendirme ve gerektiğinde bunlara bir müeyyide uygulama anlamına gelmektedir. Anayasa yargısının ve yargıçlarının söz konusu nitelikteki bu denetimlerine meşruiyet kazandıran özellik, aynı zamanda o sistemin demokratik meşruiyeti ile de yakından ilgili bir husustur.¹⁰⁴⁴

¹⁰⁴¹ Tunç, 1997, s. 18.

¹⁰⁴² GÖNENÇ, Levent, “*Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyeti*”, AÜHFD, C.50, Sy.1, 2001, s. 136.

¹⁰⁴³ ÖZBUDUN, Ergun, “*Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu*”, İçinde: Demokrasi ve Yargı, Ed: Ozan Ergül, TBBY, Ankara 2005, s. 345.

¹⁰⁴⁴ KABOĞLU, Ö. İbrahim, Anayasa Yargısı, İmge Kitabevi, 1. Baskı, Ankara 1994, s. 153-155.

Anayasa yargısı, kuvvetler ayrılığına dayalı sistemlerin, dolayısıyla da anayasal devletin işleyişi bakımından da tartışmalı bir konu olmaktadır. ‘Kanuni İdare’ ilkesi gereğince devlet idaresinin ağırlık merkezini, halkın doğrudan doğruya seçmiş olduğu yasama organı ve onun çıkarmış olduğu kanunlar oluşturmaktadır. Yürütme yetkisini, bu kanunları uygulayarak kullanan hükümeti de sonuçta yasama organının belirleyip denetlediği de dikkate alındığında yasama organının merkezi önemi daha net bir şekilde anlaşılmaktadır. Anayasa yargısı, anılan konumda bulunan yasama organının çıkarmış olduğu kanunlar konusunda karar vererek söz konusu güç dengesini de değiştirmektedir.¹⁰⁴⁵ Böylelikle kuvvetler ayrılığı başlangıçtaki anlamını kaybedip yasama ve yargı kuvvetleri arasında bir karışım meydana gelmektedir.¹⁰⁴⁶

Anayasanın üstünlüğü ilkesinin hayata geçirilmesi amacıyla anayasa yargısına verilen geniş kapsamlı yetkilerin, aslında kuvvetler ayrılığına dayanan bir sistemde kuvvetler içinde çeşitli nedenlerden dolayı en zayıf konumda olan yargının bir organına verilmiş olması, eski konservatif okulun devlet hukuku bilginlerinin anayasa yargısı düşüncesine karşı çıkmasına neden olmuş; ‘yargı yolu devleti’ veya ‘adliye devlet’ine doğru bir gelişime ve ‘adaletin siyasallaşması’, ‘politikanın hukukileşmesi’ ne karşı uyarılar ortaya çıkmıştır.¹⁰⁴⁷

Bütün bu endişe ve eleştiriler, anayasa yargısının fonksiyonları ve kurumsal yapısı üzerinden temellendirilen meşruiyet anlayışı ile aşılmaya çalışılmıştır.¹⁰⁴⁸ Buna göre, anayasa basit bir normlar bütünü olmayıp daha fazla bir anlam taşımakta olup her şeyden önce ve her zaman hukukun bir ifadesidir; devletin hukuksal düzeninin temelidir. Madem anayasa böylesi niteliklere sahip bir hukuksal normlar sistemidir, öyleyse her hukuk normunda olduğu gibi, hatta evleviyetle, anayasanın üstünlüğüne dayanan bir sistemde anayasa normlarına riayeti denetleyecek bağımsız bir yargı organının varlığı şarttır. Aksine bir durum anayasanın üstünlüğü ilkesinin sadece bir temenniden ibaret olmasına neden olur ki bunun anayasal devletle bağdaşır bir yönü olamaz. Anayasa yargısı, anayasal devlet düşüncesinin en üst

¹⁰⁴⁵ Gören, 1995, s. 202.

¹⁰⁴⁶ Özbudun, 2005, s. 345.

¹⁰⁴⁷ Gören, 1995, s. 203.

¹⁰⁴⁸ Kaboğlu, 1994, s. 153.

seviyede gerçekleşmesini sağlayan temel bir organdır.¹⁰⁴⁹ Diğer taraftan anayasa yargısının uyguladığı hukuk olan anayasa hukuku öncesinde de belirtildiği üzere, devletin temel organlarını, bunların yetkilerini, hareket biçimlerini, işlem ve karar mekanizmalarını ve özellikle de temel haklar bakımından hayati öneme sahip olan devlet iktidarına sınırlar koyan ilke ve kurumları düzenleyip norm altına aldığı için siyasal konularla ilgilidir. Siyasal konuların hukukudur. Durum böyle olunca da anayasa yargısının kendine özgü niteliği, büyük ölçüde anayasa hukuku çalışma alanının söz konusu özelliğinden kaynaklanmakta; çoğunlukla siyasal yargı olarak anılmaktadır.¹⁰⁵⁰ Doktrinde, İtalya Anayasası örneğinde olduğu gibi anayasa hükümleri ile herhangi bir yaşam alanını düzenleyip hukuksal norm haline getirmek yerine birçok maddesi gerçek anlamda norm olmayıp ileriye yönelik siyasal emir niteliğinde hükümler içeren anayasalar söz konusu olduğunda ise anayasa yargısının siyasal bir içerik kazanmasının kaçınılmaz olduğu belirtilmektedir.¹⁰⁵¹

Ancak hemen belirtmelidir ki, siyasal konulara ilişkin yargılama faaliyeti sadece anayasa yargısına ait bir durum olmayıp diğer hukuk ve yargı alanlarının konusu olan çok sayıda siyasal nitelikli işlem bulunmaktadır. Diğer taraftan siyasal konuların kural olarak veya en azından yoğunluk olarak anayasa hukukuna ve yargısına özgü olması, hukuksal yöntemler uygulayarak hukuksal gerçeklik aranmaya devam edildiği sürece anayasa hukukunu ve yargısını siyasal nitelikli yapmaz. Başka bir ifadeyle anayasa yargısını siyasetten ayıran husus, kararın konusu olmayıp söz konusu karara ulaşılırken takip edilen usulün hukuksal nitelikte olmasıdır. Yargı, sadece hukuksal kriterlere göre bir değerlendirmeyken siyasal kararlar başka kriterlere dayanırlar, başka amaçlar takip edip başka ölçütleri gözeterek oluşurlar. Saikleri başkadır. Hepsinden önemlisi başka usullere göre oluşurlar. AAM, kararlarında sık sık bu farklılıkları vurgulamıştır.¹⁰⁵²

¹⁰⁴⁹ Doktrinde, teorik düzeyde anayasa mahkemelerinin anayasal devletin tesisi için vazgeçilemez nitelikte olmadığını belirten görüşlerde dahi uygulamanın bu yönde olmadığı, özellikle Avrupa'da yer alan anayasal devletlerin hepsinde iyi işleyen bir anayasa yargısının olduğu belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. GRABENWARTER, Cristoph, "*Hukuk Düzeni Hiyerarşisinde Anayasa Yargısı*", Çev.: Hilal Kafkas, İçinde: *Anayasa Teorisi*, Lale Yayıncılık, Ed.: Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter, Çev.Ed.: İlyas Doğan, Ankara 2014, s. 418-419.

¹⁰⁵⁰ Gören, 1995, s. 207.

¹⁰⁵¹ ÖZAY, İl Han, "*Anayasa Mahkemeleri (ya da Yargısının) Meşruiyeti*", AYD, Sy.9, 1993, s. 69.

¹⁰⁵² Örnek kararlar için bkz. BverfGE 36,1(14); BverfGE 48,127(160); BverfGE 3,58(135)'den nakleden, Gören, 1995, s. 208.

Anayasa Mahkemeleri halk adına görev yapar. Ancak bu durum, mahkemenin anayasayı yorumlarken halkın çoğunluğunun görüş ve iradesine bağlı olması, ona yönelmesi anlamına gelmez. Halk adına görev yapması sadece anayasa mahkemelerinin otoritesinin kaynağının nerden geldiğini gösterir.¹⁰⁵³ Anayasa Mahkemeleri kanunların anayasaya uygunluğunu olağan hukuksal yorum ölçülerine başvurarak ve yargısal usullerle denetlemektedir.¹⁰⁵⁴ Bu çerçevede olmak üzere, anayasa mahkemesine anayasayı, sadece sıradan bir kanun gibi yorumlama yetkisi verilmemiş, aynı zamanda bunun ötesinde anayasayı geliştirme, mükemmelleştirme ve niteliğini yükseltme görevi de verilmiştir. AAM'ye Anayasa'nın 93. maddesi ile yorum yapma hakkı verilmişken AYM'ye böyle bir hak tanınmamıştır. Başka bir ifadeyle, AYM'ye sadece yorum yapmasını konu alan bir başvuru yapılamaz. Ancak AYM de önüne gelen uyuşmazlıklarda Anayasayı uygularken Anayasa kurallarını yorumlayacaktır. Anayasa yargısının görevi sadece anayasanın tercümanı olmak, onun diğer devlet organları tarafından şeklen dikkate alınmasını denetlemek olarak anlaşılamaz.¹⁰⁵⁵ AAM, bir anayasa normunun özellikle de temel hak ve özgürlüklere ilişkin olanlarının çeşitli fonksiyonlarını yorumlama, içeriklerini belirleme işlemini kendi görevi olarak değerlendirmiş ve özellikle de Anayasa Hukukunun geliştirilmesi konusunda kendisini yetkili saymış; bu anlayışını da kararlarına yansıtmıştır.¹⁰⁵⁶

Ancak doktrinde bu düşünceye karşı çıkmıştır. Buna göre, bir kanunun anayasaya aykırı olup olmadığı sorunu, kendiliğinden tartışmasız olarak hukuki çözüme kavuşturulacak bir nitelikte değildir. Çünkü bir kanunun anayasaya aykırı olup olmadığı sorunu, 'bilme' alanıyla ilgili olmayıp 'normatif' alanda yer alan bir husustur. Normatif alanda ise bilgi belirleyici değildir. Çünkü bu alanda varılacak bir karar, bilgiye dayanarak değil, iradeye dayanarak alınır. Normatif alandaki işlemler bir 'bilme işlemi' olmayıp, bir 'irade işlemi'dir. Örneğin bir kişinin, suyun 60 C derecede kaynadığı iddiası, bilme alanına ait bir husustur ve dolayısıyla da bunun doğruluğu bilimsel olarak ispatlanabilir. Ancak bilgiyle ilgisi olmayan, iradeyi ilgilendiren hususların doğruluğunun ispatlanması mümkün değildir. Örneğin yasama organının çıkardığı bir kanunun kamunun yararına olacağına ilişkin iddianın

¹⁰⁵³ Azrak, 2008, s. 214.

¹⁰⁵⁴ Özay, 1993, s. 72.

¹⁰⁵⁵ Gören, 1995, s. 209.

¹⁰⁵⁶ BverfGE6.2.55 vd.(72); BverfGE6.222 vd.(240)'den nakleden, Gören, 1995, s. 209.

doğruluğunu veya yanlışlığını kimse ispat edemez. Böyle bir konuda ispat için ileri sürülen delillerin hepsi, kişisel görüşleri yansıtır söz konusu bu durum da ‘bilme’ yi değil ‘irade’yi ilgilendirmektedir. Yasama alanında bilgiyle değil iradeyle karar verilmektedir. Yasama organı, kanunla düzenlenmesi söz konusu olan herhangi bir konuda iradesini açıklarsa bu konuda bir karar verilmiş olur. Bu husus, bir bilme işlemi olmadığına göre yasama organının bu kararının, yani çıkardığı kanunun, doğru veya yanlış olması da söz konusu olamaz.¹⁰⁵⁷ Böyle bir kanun, ancak bir irade işlemi olarak sahip olması gereken nitelikleri taşıyıp taşıyamamasına göre geçerli veya geçersiz olabilir. Mademki kanun yapma hususu bir şeyin bilinmesinden bağımsız olup iradeyi ilgilendiriyorsa bir kanunun anayasaya aykırılığı hususu da aynı şekilde bilme alanıyla ilgili olmayıp irade ile ilgilidir. Tıpkı bunun gibi yorum da bilmeye dayalı bir işlem olmayıp irade işlemidir. Herhangi bir anayasa hükmü önceden belli, objektif nitelikte bir anlama sahip olmayıp bu kişiden kişiye değişmektedir. Dolayısıyla anayasanın yorumu bunu yapana bağlıdır ki anayasanın yorumu, hukuki, bilimsel ve teknik bir konu olmayıp tamamıyla siyasi bir faaliyettir.¹⁰⁵⁸ Bu alanda alınacak kararlar, akla, tekniğe, bilime değil, karar verenin kişisel tercihin ve iradesine dayanarak alınmaktadır. O halde anayasa metnini yorumlamak, yani bir kanunun anayasaya aykırı olup olmadığına karar vermek, hukuki teknik- bilimsel bir faaliyet değil, siyasi bir faaliyettir. Bir demokraside ise siyasi kararlar, yargıçlar tarafından değil, halk veya halkın temsilcileri tarafından alınır. Dolayısıyla, yargıçların siyasi kararlar alması anlamına gelen anayasa yargısı meşru bir şey değildir.¹⁰⁵⁹

Söz konusu bu ve benzeri eleştiriler karşısında anayasa yargısını meşrulaştırmak için ‘yorumun gerçekçi teorisi’ ortaya atılmıştır. Buna göre genel irade, birçok organın iradesinden oluşmaktadır ve kanun da bu nitelikteki genel iradenin bir ifadesi olmaktadır. Bu organlar iki blok halinde olup bir tarafı yasama organı ve hükümet oluştururken diğer tarafı Anayasa Mahkemelerine başvuru hakkına sahip olan otoriteler ve Anayasa Mahkemeleri oluşturmaktadır. Dolayısıyla kanunlar bu organların tamamının iradelerinin bir araya gelmesiyle yapılmaktadır.

¹⁰⁵⁷ GÖZLER, Kemal, “*Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu*”, AÜSBFD, Sy.61/3, 2006, s. 133-135.

¹⁰⁵⁸ Gözler, 2006, s. 140.

¹⁰⁵⁹ Gözler, 2006, s. 141.

Fransız Anayasa Konseyi de bir kararında¹⁰⁶⁰ bir kanunun anayasaya uyduğu sürece genel iradeyi ifade edeceği belirtilmiştir. Bu yönüyle, kanunun anayasaya uygunluğunu denetlemek aslında genel iradeyi ifade edip etmediğini denetlemektir.¹⁰⁶¹

Bu çerçevede, temsilcilerin iradesiyle halkın iradesinin aynı olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. Eğer, halkın iradesi ile temsilcilerin iradesi aynıysa, bunun denetimi halkın iradesine müdahale anlamına gelir. Tersine bir durum söz konusu ise, temsilciler tarafından çıkarılan kanunun denetimi demokrasiye aykırı bir nitelik taşımaz. Günümüzde, seçmen-seçilenler farklılaşması bir olgu olarak kendini göstermektedir. Bu durumda halk iradesini temsilcilerinin ürünü olan kanunda değil, asıl olarak anayasada ortaya koymaktadır. Bu nedenle de temsilcilerin iradesi zorunlu olarak ikincil niteliktedir ve her durumda, demokratik olarak geçerliliği anayasada açıklanmış olan halkın iradesine saygılı olmasına bağlıdır. Bu saygının gösterilip gösterilmediği ise anayasa yargısı tarafından denetlenecektir.¹⁰⁶² Gerçek anlamda bir denetim ise ancak ‘denetleyen’ ile ‘denetlenen’lerin farklılaşması ile mümkün olabilir. Eğer yasama organları da Anayasa Mahkemeleri de aynı yöntemle yetki kazanırlarsa, başka bir ifadeyle her ikisi de ulusal seçimler sonucunda yetki elde ederlerse her iki güç arasında yüksek oranda bir benzerlik ortaya çıkar ki bunun sonucu denetimin zayıflaması, kendi kendine denetim olgusunun ortaya çıkması olacaktır.¹⁰⁶³

Diğer taraftan temsili sistemlerde, halk belli bir süre için -bu süre iki seçim arası dönemi kapsamaktadır- karar alma yetkisini kendi temsilcilerine devretmektedir. İşte anayasa yargısı bu sistemin ortaya koyduğu siyasal karar alma mekanizmasını özellikle de temel hak ve özgürlükleri ilgilendiren kimi noktalarda yumuşatmaktadır. Anayasa yargıçları, söz konusu mekanizmalarda yer alma imkânı bulamayan çeşitli grupları koruyarak sistemin genel olarak temsil oranını artırmaktadır.¹⁰⁶⁴ Yasama organlarında kişi veya gruplar aldıkları oy oranında nispi olarak temsil edilme şansına sahiptirler. Savunmuş oldukları ilkeler kuramsal

¹⁰⁶⁰ 23.08.1985 tarih ve 85-197 sayılı kararı

¹⁰⁶¹ ÇAĞLAR, Bakır, “Anayasa’nın Hukuku ve Anayasa’nın Yargıcının Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler”, AYD, Sy.8, 1991, s. 30.

¹⁰⁶² Kaboğlu, 1994, s. 156.

¹⁰⁶³ Özay, 1993, s. 70.

¹⁰⁶⁴ Kaboğlu, 1994, s. 159.

düzeyde ne kadar değerli olursa olsun, tek başına bir birey toplumda da yasama organında da ya hiç temsil imkanı bulamaz ya da marjinal düzeyde kalır. Oysaki çağdaş demokrasilerde katılımcılık en temel unsuru teşkil etmekte olup hiçbir şekilde örgütlenmemiş bireyin bile sesini duyurma imkânına yer vermektedir. Böyle bir toplumda birey kendisini başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere belli kurumlar aracılığıyla ifade etme fırsatına sahip olabilmektedir. Bu yönüyle anayasa yargısı meşruiyetini doğrudan doğruya demokrasinin merkezi olan bireyi temsil etme, onun sesi olma fonksiyonu ve konumundan almaktadır.¹⁰⁶⁵

Anayasa Mahkemesinin oluşum biçimi de meşruluk tartışmaları bakımından önemli bir yere sahiptir. Mahkeme üyeleri seçilmiş ya da siyasal makamlarca atanmış kişilerden oluşmaktadır. Anayasa Mahkemesi üyelerinin belirlenmesinde siyasi partilerin güçleri oranında söz sahibi olmaları demokratik meşruiyet bakımından önem taşımaktadır. Denetlenen organ konumundaki yasama organlarının kendini denetleyecek olanların belirlenmesine katılmış olmaları oldukça önemlidir.¹⁰⁶⁶ Başlıca Avrupa ülkelerinde Anayasa Mahkemelerinin oluşumunda bu hususa uyulduğu görülmektedir. Fransa’da Anayasa Konseyinin dokuz üyesinden üçünü Milli Meclis Başkanı, üçünü Senato Başkanı seçmektedir.¹⁰⁶⁷ Almanya’da onaltı üyeden sekizini Birinci Meclis, sekizini İkinci Meclis seçmektedir.¹⁰⁶⁸ İtalya’da onbeş üyeden beşini Parlamento seçmektedir. İspanya’da on iki üyenin dördü Kongrece ve diğer dördü de Senato’ca seçilmektedir.¹⁰⁶⁹ Türk Hukukunda 1982 Anayasasında, 2010 Anayasa değişikliklerinden önce Yasama organının üye seçimi sürecinde hiç bir rolü yokken söz konusu değişiklikler ile üç üye seçme hakkı verilerek seçimlerde söz sahibi kılınmıştır.¹⁰⁷⁰

¹⁰⁶⁵ Özay, 1993, s. 73-74.

¹⁰⁶⁶ Kaboğlu, 1994, s. 157.

¹⁰⁶⁷ Bkz. http://www.adaletbiz.com/images/dosyalarim/FRANSA_ANAYASASI.pdf, s. 189. e.t: 17.06.2014.

¹⁰⁶⁸ Bkz. <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08ALMANYA%20209-276.pdf>, s. 251. e.t: 17.06.2014.

¹⁰⁶⁹ Bkz. <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/10%C4%B0TALYA%20319-354.pdf>, s. 349. e.t: 17.06.2014.

¹⁰⁷⁰ TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonuna verilen önerilerin hepsinde, TBMM'nin söz konusu yetkisinin varlığını devam ettirdiği görülmektedir. TBMM'de grubu bulunan siyasi partilerin konuyla ilgili önerileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Barın, 2014, s. 458-467.

Ancak doktrinde, üye seçiminde yasama organlarına da yetki verilmiş olmasının demokratik meşruluk bakımından hiçbir öneme sahip olmadığını belirten görüşler de bulunmaktadır. Buna göre, günümüz demokrasi anlayışında seçimler iki dereceli değil tek derecelidir. Başka bir ifadeyle temsilcinin temsilcisi bulunmamaktadır. Halkın temsilcileri, halkın seçmiş olduğu diğer temsilciler tarafından değil doğrudan doruya halkın kendisi tarafından belirlenmektedir. Bu nedenle anayasa mahkemesi üyelerinin bir kısmının hatta tamamının yasama organlarınca belirlenmesi anayasa yargısına herhangi bir şekilde meşruluk kazandırmaz. Ayrıca anayasa mahkemesi üyelerinin tamamı doğrudan doğruya halk tarafından seçilse dahi, anayasa yargısının meşruluğu sorunu ortadan kalkmamaktadır. Çünkü bu durumda iki önemli sorun gündeme gelmektedir. En başta böyle bir durumda, artık ortada bir "yargı organı" değil, bir "siyasal organ" söz konusudur. Dolayısıyla da bu organ tarafından yapılan kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi yargısal nitelikte bir denetim olmayıp, siyasal bir denetimdir. Diğer taraftan, anayasa mahkemesi üyeleri halk tarafından seçilirse, bu organ ülkenin normal yasama organının üstünde yer alan bir yasama organı, bir süper yetkili meclis haline gelir. Normal meclis, bu süper meclise kanun tasarısı hazırlayan bir komisyon haline dönüşür ki, böyle bir durumun, ne anayasacılık, ne kuvvetler ayrılığı, ne de demokrasiyle bağdaşır bir yönü olamaz.¹⁰⁷¹

Hemen belirtmelidir ki kanaatimizce, anayasa yargısının meşruluğuyla ilgili olarak ifade edilen tüm bu görüşler, meselenin belli bir yönü esas alınarak yapılan değerlendirmelerden oluşmaktadır. Anayasal devlet bakımından ise anayasa yargısının meşruluğunun temelini, hak ve özgürlüklere saygıyı hayata geçirmek oluşturmaktadır. Deyim yerindeyse, anayasa yargıcısı, insan hakları üst başlığıyla ortaya çıkan değerlerin koruması durumundadır. Belli bir organa anayasanın hukuksal bağlayıcılığını güvence altına alma yetkisinin verilip anayasa mahkemelerinin kurulması aslında devlet iktidarının hukuksal bir temele kavuşmasının hem nedeni hem de sonucudur.¹⁰⁷² Böylelikle devlet iktidarı karşısında

¹⁰⁷¹ Gözler, 2006, s. 141-142.

¹⁰⁷² Depenheuer, 2014, s. 562.

temel hak ve özgürlüklerin egemenliği güvence altına alınmış olmakta¹⁰⁷³; anayasal devlette, devlet iktidarı ile özgürlükler arasında var olması gereken denge yargısal usullerle en üst düzeyde sağlanmış olmaktadır. Tek başına herhangi bir birey dahi kamusal işleyişin belirleyicisi konumuna yükselmiş olmaktadır.¹⁰⁷⁴ Bu husus aynı zamanda anayasa yargısının meşruluğunun günlük hayata yansımış en önemli gerekçelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa mahkemelerinin temel hak ve özgürlükleri yasama organlarından daha iyi koruyacakları yolunda Batı toplumlarında ortaya çıkan düşünce,¹⁰⁷⁵ Avrupa kamu hukukunun temelini oluşturmaktadır.

Ayrıca anayasa mahkemeleri anayasanın bekçisi olarak kendiliğinden harekete geçmemekte, mutlaka kendisine yapılmış bir başvuru gerekmektedir. Mahkemenin bu çalışma yöntemi, ihtiyatlı bir pasifizmi gündeme getirmekte, diğer anayasal organlar arasında ön plana çıkıp ölçüsüz bir ağırlık kazanmasını engellemektedir.¹⁰⁷⁶ 1961 Anayasasında çok daha fazla kişi ya da kurum anayasa mahkemesine başvuru hakkına sahip iken¹⁰⁷⁷ 1982 Anayasası ile bu sayının azaltılmış olmasını anayasal organlar arasındaki söz konusu bu denge arayışının bir sonucu olarak görmek mümkündür.¹⁰⁷⁸

Anayasa yargısının meşruluğu tartışmasında gündeme gelen konulardan biri de 'yargısal aktivizm'dir. Anayasa yargısına hukuk düzeninde yer veren hemen

¹⁰⁷³ GÖREN, Zafer, Bireysel Başvuru-Türk Anayasa Yargısında, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 7.

¹⁰⁷⁴ Benzer görüşler için bkz. Özay, 1993, s. 74.

¹⁰⁷⁵ Özbudun, 2005, s. 347.

¹⁰⁷⁶ BEYME, Klausvon, "Alman Anayasa Mahkemesi-Yeni Demokrasiler için Bir Model mi?", Çev.: Ali Ersoy Kontacı, İçinde: Demokrasi ve Yargı, Ed: Ozan Ergül, TBBY, Ankara 2005, s. 91-92.

¹⁰⁷⁷ 1961 Anayasası'nın konuyu düzenleyen 'Dava Hakkı' başlıklı 149. maddesi şu şekildedir: "Cumhurbaşkanı; Yasama Meclislerindeki siyasî parti grupları ve Türkiye Büyük Millet Meclisinde grubu bulunan siyasî partiler ile son milletvekili genel seçimlerinde muteber oy sayısının en az yüzde onunu olan siyasi partiler; Yasama Meclislerinden birinin üye tamsayısının en az altıda biri tutarındaki üyeleri; kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlarda Yüksek Hakimler Kurulu, Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay ve üniversiteler, kanunların veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin veya bunların belirli madde ve hükümlerinin Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilirler."

¹⁰⁷⁸ TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu taslağının 'İptal' başlıklı 121. maddesi incelendiğinde, 1961 Anayasası'na benzer bir düzenleme önerisinin getirildiği görülmektedir. Buna göre, üye sayısı önemli olmaksızın TBMM'de grubu bulunan siyasi partilere, görevleriyle ilgili konularda Hakimler Kurulu, Savcılar Kurulu, Yargıtay, Danıştay, üniversiteler, büyükşehir belediyeleri, kamu kurumu niteliğindeki meslek üst kuruluşları, Barolar ile Sayıştay'a iptal davası açma yetkisi verilmektedir. TBMM'de grubu bulunan siyasi partilerin konuyla ilgili önerileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Barın, 2014, s. 480-483.

hemen tüm ülkelerde, ‘yargısal aktivizm (Judicial activism)’¹⁰⁷⁹ ve yargının kendi kendini sınırlaması (judicial restraint)¹⁰⁸⁰ sıklıkla gündeme gelmektedir. Öncesinde de belirtildiği üzere anayasa mahkemelerinin önüne gelen birçok hukuksal sorunun aynı zamanda siyasal bir nitelik taşıması, bu mahkemelerle siyaseti belirleyerek oluşturan bir güç olarak yasama organı arasında zaman zaman bir takım çatışmaların ortaya çıkmasını kuvvetle muhtemel hale getirmektedir.

Yargısal aktivizm, anayasaya aykırılık konusunda karar verme sürecinde anayasal ilke ve kuralların anlamlandırılması aşamasında ortaya çıkmaktadır. Anayasa mahkemelerinin aktivist nitelikteki kararlarında, yasama organının çıkardığı bir kanun iptal edilirken bu konuda yeni bir yaklaşım ortaya konmaktadır.¹⁰⁸¹ İptal hükmünün gerekçeleri, yeni bir kanuni düzenleme konusunda yasama organının hareket serbestisini sınırlamaktadır. Söz konusu nitelikteki iptal kararlarıyla anayasa mahkemeleri, yasama organına adeta talimat vererek bir bakıma kanun koyucu konumuna gelmekte,¹⁰⁸² yasama organı üyeleri, çoğunlukla anayasa mahkemesine

¹⁰⁷⁹ Amerikan Hukukunda aktivist mahkeme, yerleşik hukuk ilkelerinden ayrılan veya onları değiştiren, başka bir ifadeye kürsüden kanun yapan mahkeme, ERGÜL, Ozan, “*Berraklaştırılmayan Bir Kavram: ‘Yargısal Aktivizm’*”, TBBD, Sy.104, 2013, s. 39. olarak tanımlanmaktayken Kara Avrupa’sı Hukuku’nda, belli bir sonuç elde etmeye yönelik aktif bir yaklaşımla yasama organında ortaya çıkan çoğunluk iradesini önemli ölçüde değişikliğe uğratan; hatta bunları zaman zaman tersine çevirip yeni bir politika belirleyip farklı bir uygulamaya neden olan, HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 34-35. doktrinde ifade edildiği gibi ‘doktrin’ yaratan, Ergül, 2013, s. 48. kamu yararını belirlemede nihai otorite olması gereken hükümet ya da yasama organını devre dışı bırakarak onların yerine kendisini yetkili gören veya en azından bu konuda temsili kurumların bir unsuruymuş gibi hareket eden ERDOĞAN, Mustafa, “*Demokrasi, Anayasa Yargısı ve Türkiye Örneği*”, İTÜSD, Sy.20, 2011, s. 40. yargı anlamında kullanılmaktadır. Buna karşılık kendi kendini sınırlayan yargı ise, emsal kararlara uyan sosyal nitelikte politika üretimi yolunu tercih etmeyen mahkeme anlamında kullanılmaktadır. Ergül, 2013, s. 39. AAM’ye göre yargının kendi kendini sınırlaması, anayasal düzenin ve dolayısıyla anayasanın üstünlüğünün korunmasına ilişkin yetkinin azaltılarak zayıflatılması değil; anayasa tarafından ortaya konan ve sınırları çizilen alanda politika yapmaktan, siyaset icra etmekten vazgeçmek anlamına gelmektedir. Politika yapmak konusunda Anayasa tarafından yetki verilen organlara hareket serbestisi kazandırmaktır. BverfGE 36, 1(4) vd.’dan nakleden, GÖREN, Zafer, “*Anayasa Yargısı ve Yasama, Türk ve Alman Hukukunda Anayasa Mahkemesi ve Parlamentonun Karşılıklı Etkileşimi*”, AYD, Sy.13, 1996, s. 129. AYM’nin de bu türden kararları bulunmaktadır. Onda birlik baraj uygulamalı nispi temsil sistemini getiren 2972 sayılı Kanunun bazı hükümlerinin iptali istemine ilişkin davada söz konusu ilkeyi uygulamıştır. Bkz. 1984/1 E, 1984/2 K, 01.03.1984, AMKD, Sy.20, 1985, s. 184-190.

¹⁰⁸⁰ Judicial restraint kavramı yerine zaman zaman ‘yargısal sınırlılık’ kavramının da kullanıldığı görülmektedir. Ancak doktrinde bu iki kavramın birbirinden farklı olduğu belirtilmektedir. Buna göre, yargının kendi kendini sınırlaması kavramı ile ifade edilmek istenen, yargısal nitelikteki bir yetkinin sınırlı oluşu değil, daha çok yargının yetkisini kullanırken kendi kendine koyduğu sınırlardır Ergül, 2013, s. 38.

¹⁰⁸¹ Hakyemez, 2009, s. 36.

¹⁰⁸² Özbudun, 2005, s. 350.

karşı doktrindeki ifadeyle, “*öngörülü itaat*” tavrı geliştirmektedirler.¹⁰⁸³ Bu yaklaşım, başka bir ifadeyle, anayasa mahkemesinin yasama organına, daha sonraki yapacağı kanuni düzenlemenin tekrar iptali riskini engelleyecek hukuksal noktaları belirtir şekildeki müdahalesi, bu iki organ arasındaki sorumluluk ilişkisinin de bozulmasına yol açmaktadır. Anayasa mahkemeleri kanun koyucuya yol gösteren bir eğitmen olmayıp giderici, belli noktalarda denetim yapan bir mahkeme olarak kurulmuş ve örgütlenmiştir.¹⁰⁸⁴

Ayrıca söz konusu bu yaklaşım kanaatimizce, gerek doktriner gelişmeyi bir bakıma donduracağı gerekse sadece diğer mahkemeleri bağlamakla sınırlı kalmayıp bir tür özgürlükler mahkemesi olan anayasa mahkemesinin önceki kararlarıyla kendi kendisini bağlaması sonucunu da doğuracağından insan haklarının dinamik olma özelliğiyle de bağdaşmamakta; bu çerçevede ortaya çıkacak gelişim ve dönüşümü de engellemiş olmaktadır.¹⁰⁸⁵

Diğer taraftan öncesinde de belirtildiği üzere aktivist kararlar değerlendirilirken, yargının, özellikle de anayasa yargısının sistem içerisinde sahip olduğu dönüştürücü fonksiyon da dikkate alınmalıdır.¹⁰⁸⁶ Hukuku aşırı zorlayan ve anlamca açık hukuk kurallarına aykırı karar verilmesi şeklindeki uç örnekler dışındaki bir yargısal aktivizm özellikle de temel hak ve özgürlükler bakımından son derece gereklidir.¹⁰⁸⁷ Belirli bir siyasal görüşten ya da hayat tarzından bağımsız bir şekilde, devletin egemen bir güç olmasından kaynaklanan yetkilerini kullanan siyasal organları kendileri için belirlenmiş olan anayasal sınırlar içinde tutan ve böylelikle söz konusu organların bireylerin özgürlük alanlarına hukuka aykırı bir şekilde

¹⁰⁸³ Beyme, 2005, s. 89.

¹⁰⁸⁴ KANADOĞLU, O.Korkut, Anayasa Mahkemesi, Beta Yayınevi, İstanbul 2004, s. 13.

¹⁰⁸⁵ Örneğin AYM, 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanununa, 3670 sayılı Kanunla eklenen ve yüksek öğretim kurumlarında kıyafet serbestisi tanıyan düzenlemeye ilişkin vermiş olduğu 1990/36 E, 1991/8 K, 09.04.1991 sayılı iptal kararını ağırlıklı olarak Mahkeme’nin önceki yıllarda konuyla ilgili vermiş olduğu 1970/53 E, 1971/76 K, 21.10.1971; 1986/11 E, 1986/26 K, 04.11.1986 ve 1989/1 E, 1989/12, 07.03.1989 tarihli kararlarında ortaya koymuş olduğu gerekçelere dayandırarak özgürlükler temelinde ortaya çıkacak bir gelişimi önlemiştir. Bkz. AYMKD, Sy.27, C.I, 1993, s. 289-301. Benzer şekilde yüksek öğretim kurumlarında kıyafet serbestisi sonucunu doğurmaya yönelik olarak gerçekleştirilen 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un, 1. ve 2. maddelerini iptal ederken de önceki yıllarda konuyla ilgili vermiş olduğu 1990/36 E, 1991/8 K, 09.04.1991;1997/1 E, 1998/1 K, 16.01.1998 VE 1999/2 E, 2011/2 K, 22.06.2001 tarihli kararlarına dayanmıştır. Bk. AYMKD, Sy.45, C.II, 2008, s. 1238.

¹⁰⁸⁶ Hakyemez, 2009, s. 36.

¹⁰⁸⁷ Hakyemez, 2009, s. 36.

müdahalesini engelleyen aktivist bir anayasa yargısı anayasal devlet düşüncesine hizmet etmektedir.

Doktrinde, Macaristan, Polonya ve Çek Anayasa Mahkemelerinin kendi kısa tarihlerinde söz konusu bu düşüncenin hayata geçmesine önemli katkılarının olduğu belirtilmektedir.¹⁰⁸⁸ Buna göre, söz konusu mahkemeler bir yandan ülkelerinin hukuk sistemlerinin eski alışkanlıklardan kaynaklanan bir takım eksiklerini telafi etmekte; diğer yandan da anayasal devlet düzeninde yer alan değerleri hayata geçirmek için bazı kavramlar geliştirerek veya ortaya koyarak hukuk devleti ilkesinin yerleşmesine hizmet etmektedirler.¹⁰⁸⁹

AAM'ye göre anayasa yargıcının kendi kendini sınırlaması, siyasal iktidarın bireysel özgürlüklere herhangi bir saldırısı olduğunda değil, seçimler yoluyla doğrudan doğruya halk tarafından meşru kılınmış yasama organına, anayasal denetim araç haline getirilmek suretiyle sosyal düzenlemeler konusunda talimatlar verilmesini engellemek için söz konusu olmalıdır.¹⁰⁹⁰

Kanaatimizce siyasal iktidar ve onun denetimi altındaki yasama organına karşı bir tür itaati benimseyip bu iki gücü sınırlayıp dengelemeyerek bir güç ittifakı-bloğunun ortaya çıkmasına neden olan; özellikle de tartışmalar yaratan kararların meşrulaştırılmasına yargısal düzeyde destek veren kamusal bir makam haline gelen anayasa yargısı, kuvvetler ayrılığı ilkesinin, dolayısıyla da anayasal devletin ortadan kalkmasına neden olabilir. Bu çerçevede, gerek insan haklarıyla ilgili anayasa hükümlerinin norm alanlarının belirlenmesinde gerekse hak sahipliğinin tespitinde özgürlükler ve bireyler lehine karar vererek bunları geliştirip-genişletmek şeklinde ortaya çıkacak olan bir aktivizm anayasal devlette yer alması gereken anayasa yargısına ilişkin bir yaklaşım tarzıdır. Özellikle, hem anayasaların değiştirilmesi zor hukuki metinler oldukları, hem de insan haklarının dinamik yapıda olma özelliği dikkate alındığında, söz konusu nitelikteki anayasa mahkemelerinin, anayasaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümlerini çağın gereklerine uygun bir şekilde yorumlayarak somutlaştırmasının anayasal devlet bakımından önemi daha iyi anlaşılacaktır.

¹⁰⁸⁸ Erdoğan, 2005 (c), s. 19.

¹⁰⁸⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ERDOĞAN, Mustafa, “Anayasa Mahkemeleri Önemli midir? Orta Avrupa’da Anayasa Yargısı ve Demokrasinin Pekişmesi”, AÜHFD, C.54, Sy.3, 2005, s. 4-17.

¹⁰⁹⁰ BverfGE 4, 331(351)’den aktaran, Gören, 1996, s. 129.

Yargısal aktivizme en sert şekilde karşı çıkan düşüncelerde bile, bir devletteki yasama ve yürütmenin sahip olduğu yetkilerin giderek artma eğilimi karşısında yargının, özellikle de anayasa yargısının da bütün bu güç ittifakı karşısında temel hak ve özgürlükleri koruyabilmek için aynı ölçüde etkili bir denetim yapması gerektiğine dikkat çekilmekte,¹⁰⁹¹ ancak, aynı hususun temel ekonomik tercihlere ilişkin kanunların denetiminde savunulamayacağı belirtilmektedir.¹⁰⁹²

AAM'ye göre, bireylerin özgürlük alanına yapılan müdahalenin yoğunluğu, kanun koyucu tarafından toplumun menfaati için takip edilen amaç karşısında tartılmalıdır. Bunun için de kanun koyucunun nasıl bir düzenleme yapması gerektiği anayasal denetimin konusunu oluşturmaktadır.¹⁰⁹³ İtalyan Anayasa Mahkemesi de benzer bir yaklaşımı benimsemektedir. İtalyan Anayasası'na göre, sosyal haklardan yararlanabilmek için İtalyan vatandaşı olmak gerekmektedir.¹⁰⁹⁴ Mahkemeye göre, her ne kadar Anayasa söz konusu hakları sadece vatandaşlara tanımış ise de, konunun yabancıların hakları açısından geniş bir çerçevede değerlendirilmesi gerekmektedir. 1962 yılında vermiş olduğu ilk kararından başlayarak, Anayasa'nın 3. maddesinde vatandaşlara yönelik olarak öngörülmüş olan eşitlik ilkesinin, bireylerin ihlal edilemez nitelikteki hakları söz konusu olduğunda yabancıları da kapsayacak şekilde geniş olarak değerlendirilmesi gereğini benimsemiştir. Başka bir kararında ise, anayasal bir ilke olan eşitlik ilkesinin, vatandaşların durumuyla yabancıların durumu arasındaki ayrımcılığı tolere edemeyeceği belirtilmiştir. Mahkemeye göre, bir kurulu iktidar olarak kanun koyucu, Anayasayı ihlal etmeksizin sadece vatandaşlara uygulanabilecek normlar koyabilirse de, bu fiiliyle vatandaşlığa sahip olmayan kişilerin söz konusu haklardan yararlanabilmelerine engel olmamalıdır. Bununla birlikte, vatandaş olanla olmayan arasında yapılan ayrım 'ragionevolezza' ilkesine uygun olmalıdır (kanun koyucunun tercihinin makul niteliği).¹⁰⁹⁵ Kanun

¹⁰⁹¹ Hakyemez, 2009, s. 37.

¹⁰⁹² Özbudun, 2005, s. 351.

¹⁰⁹³ BverfGE 30, 293(315)'den aktaran, Gören, 1996, s. 116.

¹⁰⁹⁴ Sosyal Haklar, İtalyan Anayasası'nın 'Vatandaşların Hakları' başlıklı I.Kısımında düzenlenerek vatandaşlara özgülünmüşken Anayasa'nın 3. maddesinde vatandaşların eşit sosyal derecede olduğu hüküm altına alınmıştır.

Bkz.<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/10%C4%B0TALYA%20319-354.pdf>, s. 323-331. e.t: 10.07.2014.

¹⁰⁹⁵ 120/1962, 62/1994, 114/1970 ve 104/1969 sayılı kararlar, GROPPİ, Tania, "İtalya'da Sosyal Haklar", Çev.: Oya Boyar, İçinde: Anayasal Sosyal Haklar, Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal Yayınevi, İstanbul 2012, s. 208-209.

koyucu bu alanda geniş bir takdir yetkisi kullanabilir. Ancak takdir yetkisi, anayasaya uygunluk açısından bu tercihlerin açıkça temelden yoksun olmaması gerekliliğiyle sınırlandırılmıştır. Yabancıların hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi, maddi farklılıkların ve buna ilişkin değerlendirmelerin göz önünde bulundurulduğu bir süreç sonunda oluşacak tercihlerin ürünü olmalıdır.¹⁰⁹⁶

Bu konuda son olarak belirtilmelidir ki, anayasa yargısı anayasal devlette aktivist yaklaşımını, anayasanın nihai bir uygulayıcısı olarak anayasanın korunması ve uyarlanması, güvenilirliği ve esnekliği arasındaki dengenin bulunması ve anayasanın kimliğinin korunarak dönüşümünü sağlama görevlerini temel hak ve özgürlüklerden hareketle yerine getirmek için takınmalıdır. Bu yaparken de, anayasanın siyaset ve hukuku birbirini karşılıklı olarak destekleyecek şekilde birleştiren bir metin olduğu bu nedenle anayasanın siyasal sisteme de hizmet ettiği, anayasa normlarının siyasetin işlemesi yönünde yorumlanması gerektiği¹⁰⁹⁷ gerçeğini dikkate alarak siyasal alana tümüyle hukuksal nitelik kazandırmaktan ve aynı şekilde kendisi de siyasallaşmaktan kaçınmalıdır.¹⁰⁹⁸

C. ANAYASAL DEVLETTE ANAYASA YARGISININ FONKSİYONLARI

Anayasa mahkemeleri, kurumlar arası çok yönlü ilişkilerde, hem koruyucu hem de yenileştirici bir role sahiptirler. Bu çerçevede anayasa mahkemelerinin başlıca iki fonksiyonu öne çıkmaktadır. Bunlardan ilki kuvvetler ayrılığı anayasal dengelerin korunması iken, ikincisi ise temel hak ve özgürlüklerin korunması, hatta bir bakıma yaratılmasıdır.¹⁰⁹⁹

¹⁰⁹⁶ Groppi, 2012, s. 209.

¹⁰⁹⁷ Roellecke, 2014, s. 75,78.

¹⁰⁹⁸ Depenheuer, 2014, s. 563.

¹⁰⁹⁹ Kaboğlu, 1994, s. 102.

1. Kuvvetler Ayrılığı Çerçevesinde Anayasal Dengelerin Korunması

Anayasa mahkemeleri, anayasal dengelerin korunması fonksiyonu çerçevesinde başta kamusal nitelikte yetki kullanan devlet organlarının sahip olduğu yetki alan ve sınırlarının belirlenerek devlet iktidarının sınırlanıp dengelenmesi yoluyla anayasal devletin varlık kazanması, siyasi partilerin denetimi sağlanarak demokratik sistemin işleyişi ve yüce divan görevi olmak üzere üç önemli fonksiyonu yerine getirmektedir. İnceleme konumuz olan anayasal devlet bakımından öne çıkan fonksiyon ise devlet organlarının birbiri aleyhine ortaya çıkacak yetki ihlallerinin önlenmesi fonksiyonudur.

Doktrinde, anayasaya uygunluk denetiminin, dolayısıyla da anayasa yargısının tarihsel süreç içerisinde devlet iktidarını kullanan organlar arasındaki yetki sınırlarının çizilmesi tekniği olarak başladığı belirtilmektedir.¹¹⁰⁰ Buna göre yargının özel bir kolu olan anayasa yargısı, temelde kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir ürünüdür¹¹⁰¹ ve ABD’de olduğu gibi Avrupa’daki ilk anayasa mahkemelerinin tek görevi, devlet iktidarını kullananlar arasındaki yetki paylaşımına ilişkin denetimin yapılmasıdır.¹¹⁰² Anayasa mahkemeleri bu şekilde devlet organları arasında adeta bir hakemlik görevini yerine getirerek anayasal ve demokratik bir devlet sisteminin kurulup işlemesine de katkı yapmaktadırlar. Eğer bir sistemde devlet organlarının kendileri için anayasalarda öngörülen yetki sınırları içinde kalmalarını sağlayacak bir mekanizma yoksa diktatörlük eğilimlerini önleyecek, dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlayacak bir güvence de olamazdı.¹¹⁰³

Günümüzde devlet organları arasındaki yetki sınırlarının belirlenmesine yönelik anayasaya uygunluk denetimi iki düzeyde gerçekleşmektedir. Bunlardan birincisi inceleme konumuz açısından oldukça önemli olan yasama, yürütme ve yargı arasındaki yatay kuvvetler ayrılığını; ikincisi ise, merkezi ve adem-i merkezi kurumlar arasındaki düşey kuvvetler ayrılığını güvence altına almaktadır. Anayasa mahkemeleri, yasama, yürütme ve yargı organları ile bunlara dayanarak kamusal yetki kullanan diğer devlet organlarından birinin diğerinin yetki alanına müdahale

¹¹⁰⁰ Kaboğlu, 1994, s. 102.

¹¹⁰¹ Ergül, 2007 (a), s. 109.

¹¹⁰² Kaboğlu, 1994, s. 102.

¹¹⁰³ Erdoğan, 2005 (c), s. 3.

eğilimlerini engellemek için anayasal geleneklerle oluşmuş bulunan karşılıklı dengeyi korumaktadırlar.¹¹⁰⁴ Devlet organlarının her birine ait yetki alanını koruma görevi, tüm anayasa mahkemelerinin ortak görevlerinden birini oluşturmaktadır.¹¹⁰⁵ Böylelikle devlet organları, özellikle de yasama organı ile hükümet arasındaki farklılıklar ile dengeler korunmaktadır.¹¹⁰⁶

Almanya ve İtalya Anayasaları'nda bu yetki son derece açık bir şekilde düzenlenmiştir. 1949 tarihli Federal Almanya Anayasası'nın, AAM'nin yetkilerini düzenleyen 93. Maddesi,¹¹⁰⁷ *“Bir yüksek federal organ veya bu Anayasa veya bir yüksek federal organın tüzüğü tarafından özgü haklarla donatılmış diğer tarafların hak ve yükümlülüklerinin kapsamı konusundaki uyuşmazlıklar dolayısıyla bu Anayasanın yorumu hakkında...”* şeklindeyken, 1947 tarihli İtalyan Anayasası'nın 134. maddesi de, Anayasa Mahkemesine, kamusal yetki kullanımından kaynaklanan devlet organları arasındaki uyuşmazlıkları çözme yetkisi vermiştir.¹¹⁰⁸

Doktrinde, bugün için anayasa yargısının önemli örneklerinden biri olarak kabul edilen Fransız Anayasa Konseyi'nin ilk oluşumu kuvvetler ayrılığı ilkesi ile açıklanmaktadır. Buna göre Fransız sistemi, genel irade ve onu temsil eden yasama organı ile onun kanunlarına üstünlük tanıyan bir anayasal geleneğe dayanmaktadır. Ancak, V. Cumhuriyet ile birlikte yasama organı ile Cumhurbaşkanlığı makamı arasındaki gücün sınırlarının ayrılmasına karar verilmiştir. Konsey, bundan sonra söz konusu iki organ arasındaki kamusal yetkilerin sınırlarını gözetmek ve olası uyuşmazlıkları çözmek için kurulmuştu. Anayasa Konseyi'nin ilk kuruluş amacı, özellikle şekli kanun ve Meclis İçtüzükleri kullanılarak yasama organının yetkilerini diğer devlet organları aleyhine genişletmesini engelleyerek yasama yetkisine sınırlar getirmek olmuştur.¹¹⁰⁹

¹¹⁰⁴ Kaboğlu, 1994, s. 103.

¹¹⁰⁵ Kaboğlu, 1994, s. 103.

¹¹⁰⁶ Gülsoy, 2007, s. 105.

¹¹⁰⁷ Bkz.

<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20209-276.pdf>. e.t: 10.07.2014.

¹¹⁰⁸ Bkz.

<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/10-%C4%B0TALYA%20319-354.pdf>. e.t: 10.07.2014.

¹¹⁰⁹ Ergül, 2007 (a), s. 107.

Türk Hukuku'nda gerek 1961 gerekse de 1982 Anayasa'sında Anayasa Mahkemesi'ne yatay kuvvetler ayrılığı çerçevesinde, kamusal nitelikte yetki kullanan devlet organları arasında ortaya çıkacak görev ve yetki uyuşmazlıklarını çözme yetkisi verilmemiştir.¹¹¹⁰ Aslında özellikle de 1982 Anayasası'ndaki güçlü yürütme anlayışı ve bunun bir sonucu olarak Cumhurbaşkanı'nın özel hukuksal statüsü, olası uyuşmazlıklar konusunda Anayasa Mahkemesi'ne hakemlik görevi verilmesini gerektirebilirdi.¹¹¹¹

Doktrinde, böyle bir görevin verilmeyişinin nedeninin yürütmenin bir 'görev' olarak düzenlenmiş olmasından kaynaklandığı belirtilmektedir.¹¹¹² Buna göre, 1961 Anayasası'nda yürütme, sadece bir görevdir ve dolayısıyla kanunun belirleyici olduğu bir anayasa örneğini teşkil etmektedir. Her konunun başlangıçta mutlaka kanunla düzenlenmesi gereklidir. Yürütmenin görev oluşu, bağımsız bir düzenleme yetkisinin olamayacağını ifade etmektedir. Anayasanın bu mantıksal bütünlüğü içinde de Anayasa Mahkemesi'ne anayasal organlar arasında çıkması muhtemel yetki uyuşmazlıklarını çözme yetkisinin verilmeyişini de doğal bir sonuç olarak değerlendirmek gerekmektedir. Çünkü yürütmenin düzenleme yetkisi olmadığından yasama ile yürütme arasında, belli bir konuda hangisinin yetkili olup olmadığı gibi bir uyuşmazlık da söz konusu olamayacak dolayısıyla da uyuşmazlıkların çözümü gibi bir yetkinin kullanım alanı olmayacaktır.¹¹¹³ Her ne kadar 1982 Anayasası'nda yürütme 'yetki ve görev' olarak düzenlenmiş ve yetki olmasına dayalı olarak da yürütmeye KHK'ler çıkarmak bakımından bir düzenleme yetkisi verilmişse de, bunun bir yetki kanununa dayanma zorunluluğu nedeniyle yasama organı inisiyatif sahibidir; bu nedenle de Anayasa Mahkemesi'ne yasama ile yürütme arasında çıkabilecek yetki uyuşmazlıklarını çözme yetkisi verilmemiştir.¹¹¹⁴

¹¹¹⁰ TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu taslağının, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini düzenleyen 119. maddesine, BDP'nin önerisi ile Anayasa Mahkemesi'ne devletin merkezi ve bölgesel organları arasında ya da daha alt birimlerin kendi aralarında çıkacak yetki uyuşmazlıklarını çözme yetkisi verilmesi hükmü getirilmiştir. Bkz. Barın, 2014, s. 474.

¹¹¹¹ Kaboğlu, 1994, s. 104.

¹¹¹² Teziç, 1972, s. 83.

¹¹¹³ Teziç, 1972, s. 83.

¹¹¹⁴ TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu taslağının, TBMM'nin yetkilerini düzenleyen maddelerinden biri olan 83 maddesinde de Meclisin KHK'ler bakımından aynı yetkiye sahip bulunduğu görülmektedir. Bkz. Barın, 2014, s. 282.

2. Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması

Yukarıda açıklandığı üzere, II. Dünya Savaşı öncesi Almanya ve İtalya’da yaşanan acı tecrübelerden sonra, genel irade olarak öne çıkarılıp değer verilen olgunun, aslında çoğunluk iradesinden başka bir şey olmadığı ve insan hakları ihlali yapmak bakımından seçimle iş başına gelen çoğunluk ile krallar arasında bir farkın olmadığı anlaşılmıştır.

Bu yönüyle anayasa mahkemelerinin ilk olarak Almanya ve İtalya’da kurulması bir tesadüf değildir. Söz konusu bu devletler anayasalarında özgürlükleri düzenleme ve özellikle de onlara güvence sağlama gereğini duymuşken¹¹¹⁵ diktatör uygulamalara sahne olmayan diğer Avrupa ülkelerinde anayasa yargısı başlangıçta ya hiç olmamış ya da çok etkisiz bir biçimde varlığını sürdürmüştür.¹¹¹⁶ Gerçekten de anayasa yargısının oluşumu açıklanırken temel hak ve özgürlüklerin yer almadığı bir değerlendirme yapmak imkânsız görünmektedir. Günümüzün anayasal devletlerinin anayasaları, ‘yetkilendiren’ ve ‘anayasal hakları düzenleyen’ normlardan oluşmaktadır. Yasama, yürütme ve yargı organlarını kuran, bunların yetki, görev ve sorumluluklarını belirleyerek adeta bir organizasyon şeması niteliğinde olan normlar ilk grup normları oluştururken, iktidarı sınırlayan, insan haklarını normatif olarak düzenleyen normlar ise ikinci grubu oluşturmaktadır.¹¹¹⁷

Diğer taraftan devlet iktidarının çeşitli tezahürleri olan organlar arasında var olması gereken dengede, yasama ve yürütme organlarının giderek güçlenip bir güç ittifakı oluşturmasının özgürlükler aleyhine yaratmış olduğu tehlikeye karşı bir tedbir olan anayasal devlet, aynı zamanda, devlet iktidarıyla temel hak ve özgürlüklerin etkili bir şekilde korunmasındaki denge arayışının bir sonucudur.¹¹¹⁸ Anayasal devlet bir bakıma, devlet gücünün anayasa yargısının etkili bir denetimine tabi olduğu bir devlettir.

Son yıllarda gerek ulusal gerekse uluslararası düzeyde özgürlüklerle ilgili bildiri ve sözleşmelerin çoğalması, bunların özellikle anayasa yargısı tarafından

¹¹¹⁵ KABOĞLU, Ö.İbrahim, “*Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı*”, AYD, Sy.8, 1991, s. 299.

¹¹¹⁶ MAHRENHOLZ, Erast, “*Günümüzde Anayasa Yorumu ile İlgili Sorunlar*”, AYD, Sy.9, 1993, s. 194.

¹¹¹⁷ Ergül, 2007 (a), s. 111.

¹¹¹⁸ Kaboğlu, 1994, s. 111.

korunuyor olması gerçeği, güçlü yasama, güçlü yürütme ve güçlü yargı biçiminde bir iktidarlar dengesi yönünde gelişen hareket çerçevesinde değerlendirilebilir.¹¹¹⁹ Tarihsel süreç içerisinde insan hakları ile yasama organı başlangıçta paralel bir şekilde gelişip güçlenmişken, XX. yüzyılda anayasa mahkemelerinin kurulmasıyla, yasamaya karşı özgürlükleri koruma, kimi zaman dayatma şeklinde bir düşünce doğmuş; bu çerçevede anayasa mahkemelerinin amacı söz konusu bu düşüncüyü hayata geçirmek olmuştur. Bu süreç günümüzde de varlığını devam ettirmektedir. Sosyalizm sonrası ortaya çıkan anayasa mahkemeleri bir yandan demokrasiye geçiş sürecine katkıda bulunurken bir yandan da öncelikli olarak temel hak ve özgürlükleri koruma görev ve yetkileri ile donatılmıştır. Örneğin 1989 tarihli Macaristan Anayasa Mahkemesi Kanunun başlangıç kısmında Anayasa’da güvence altına alınmış temel hakları korumanın, Anayasa Mahkemesi’nin varlık nedenini oluşturduğu hüküm altına alınmıştır.¹¹²⁰ Yasamaya karşı temel hak ve özgürlüklerin anayasa mahkemelerince korunması gerekliliği düşüncesi Avrupa ortak kamu hukukunun temel öğelerinden biri haline gelmiştir. Anayasal devlet yoluyla sağlanmak istenen anayasal adaletin başlıca amacı, hiç şüphesiz hak ve özgürlüklerin korunmasıdır.¹¹²¹

Anayasa ile kanunlar arasındaki çatışmalar iki şekilde meydana gelmektedir. Bunlardan ilki, devletin temel organlarının işleyişine ilişkin olarak belirlenen anayasal düzen ile herhangi bir kanunun arasında ortaya çıkmaktayken, anayasal devlet bakımından asıl öneme sahip olan ikincisi ise, temel hak ve özgürlüklere yönelik bir düzenleme-sınırlama içeren kanun ile onlar için anayasada belirlenen güvenceler arasında ortaya çıkmaktadır. Anayasal devlet düzeninde, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin devlet iktidarına bu arada yasama organına karşı da güvence altına alınmış olması çok önemli bir gereklilik olmaktadır. Bu nedenle öncesinde de belirtildiği üzere, ulusal hukuk düzenlerinde çeşitli önlemler almak gerekmektedir. Bunlardan ilki, insan haklarının anayasal düzeyde tanınarak bir tür anayasal haklar listesi oluşturup, bunlara karşı yapılacak olan müdahalelerin koşullarını bir güvence sistemi oluşturacak şekilde belirleyip anayasalarda düzenlenmek iken ikinci ve temel nitelikteki önlem, seçimle iş başına gelen çoğunluk iradesinin anayasa yargısı yoluyla, denetlenmesi olmuştur.

¹¹¹⁹ Kaboğlu, 1991, s. 299.

¹¹²⁰ Kaboğlu, 1994, s. 111.

¹¹²¹ Kaboğlu, 1991, s. 299.

Anayasa mahkemelerinin asıl varlık nedeni, ulusal hukuk çerçevesinde ancak uluslararası ölçülerde gelişme gösteren bir çizgide¹¹²² anayasa, uluslararası sözleşmeler ve hukukun genel ilkelerine aykırı bir şekilde özgürlükleri ihlal eden kanun hükümleri ve uygulamalarını ulusal hukuk düzeninden çıkarmaktır.¹¹²³ Almanya’da Anayasa Mahkemesi’nin kurulmasındaki temel neden, federal devlet düşüncesini bile ikinci plana atarcasına temel hak ve özgürlükleri koruma amacı olmuştur. Korumasız bir demokrasinin insan hakları açısından taşıdığı tehlikeleri acı tecrübelerle yaşayan Nazi Almanyası döneminden sonra Almanya’da, anayasa yargısının asıl fonksiyonu temel hak ve özgürlükleri korumak olmuştur.¹¹²⁴

Diğer taraftan anayasa mahkemeleri, insan haklarını koruyup ona saygıyı hayata geçirirken, çeşitli ilkeler geliştirmekte; hatta yorum yoluyla hak ve özgürlüklere ilişkin yeni normlar yaratmaktadır.¹¹²⁵ Anayasa mahkemeleri, anayasalarda yer alan sınırlı temel hak ve özgürlük alanını, uluslararası sözleşmeler, hukukun genel ilkelerinden hareketle ve anayasanın insan hakları anlayışına uygun olarak zaman zaman da bunu zorlayarak içtihatlar yoluyla genişletip bazı hakları temel hak olarak niteleyip anayasal haklar kapsamına sokmaktadır. Bu yönüyle, anayasal haklar, anayasa yargısının temel hak niteliğini tanıdığı haklar olmaktadır. Buna, İsviçre Federal Mahkemesinin, kuvvetler ayrılığı ilkesini, vatandaşlara temel hak olarak tanınması; AYM’nin yargı erkinin sadece var olmasını yeterli olarak görmeyip, onun vazgeçilemez niteliği diye ilke olarak benimsediği yargı bağımsızlığını, temel hak ve özgürlüklerin en büyük, en etkili güvencesi olarak kabul etmesi böylelikle yargı erki ile yargı bağımsızlığının birlikte iki anayasal ilke niteliğinde temel hak olmasını sağlaması¹¹²⁶; Alman Anayasasının ‘masumiyet karinesi’ni içermemesine rağmen AAM’nin AIHS’ye dayanarak söz konusu ilkeyi hukuk devletinin bir ögesi olarak geliştirmiş olması örnek olarak verilebilir.¹¹²⁷

Bu konuda Fransa Anayasa Konseyi önemli bir örneği teşkil etmektedir. 1958 tarihli Fransız Anayasası diğer birçok Avrupa ülkesinden farklı olarak temel hak ve

¹¹²² Mahrenholz, 1993, s. 194.

¹¹²³ Kaboğlu, 1991, s. 112.

¹¹²⁴ Ergül, 2007 (a), s. 112-113.

¹¹²⁵ Kaboğlu, 1991, s. 112.

¹¹²⁶ Gülsoy, 2007, s. 140. Örnek karar için bkz. 1998/32 E, 1989/10 K, 28.02.1989, AMKD, Sy.25, 2001, s. 114-118.

¹¹²⁷ Mahrenholz, 1993, s. 195.

özgürlüklere ilişkin bir liste içermemektedir. Ancak bu durum, Konsey'in 16.07.1971 tarihli dernek kurma özgürlüğüne ilişkin 71-44'nolu ilke kararından itibaren temel hak ve özgürlükleri koruyucu içtihatlar geliştirmesine engel olamamıştır. Ayrıca Konsey, 1789 tarihli Bildiri'nin anayasal değerinde bir norm teşkil ettiği içtihadından hareketle kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetlemekte olup bir takım kanunları Bildirgede yer alan ilkelere aykırılık taşıdığından dolayı iptal etmekte¹¹²⁸, bazı haklara anayasal değer vermektedir. Konsey eşitlik ilkesini 1973 yılında bu yolla kabul etmiştir. Ceza kanununun geriye yürümezliği, cezaların ölçülü olması, benzer şekilde mülkiyet ve teşebbüs kurma hakkı 1789 Bildirgesi'ne eklenmiştir. Konsey böylece, toplanma özgürlüğü, düşünce ve vicdan özgürlüğü gibi bireysel özgürlükleri ortaya koyarken grev hakkı, iltica hakkı ve sağlığın korunması hakkı gibi sosyal hakları da kabul etmiştir.¹¹²⁹ Bütün bunların sonunda Fransız Anayasası bireysel haklar veya 'hak ve özgürlükler içeren temel haklar' listesi niteliği taşımanın yanı sıra, başlangıç kısmında öngörüldüğü üzere kolektif haklar ile zenginleştirilmiştir.¹¹³⁰

Son olarak belirtmek gerekir ki, anayasa mahkemeleri daha özel bir koruma olarak bireysel başvuru olarak adlandırılan yöntemle bireylerin kendisine doğrudan doğruya yapmış oldukları başvuru üzerine temel hak ve özgürlüklere ilişkin ihlal kararları vererek özgürlükler bakımından çok önemli bir fonksiyonu yerine getirmektedirler. Bütün bunlar, anayasal haklara ilişkin konularda anayasa mahkemelerinin ne kadar belirleyici bir konuma sahip olduğunu göstermektedir. Söz konusu bu fonksiyon ve konum, insan haklarının anayasallaşması sürecinde anayasa mahkemelerinin güçlenmesini sağlamıştır. Bugün için hemen hemen tüm anayasalarda temel hak ve özgürlükler listesine yer verilmesi ile birlikte anayasa mahkemeleri siyasal sistem içinde çok önemli bir konuma gelmiştir.¹¹³¹

Bundan sonra anayasa mahkemelerinin anayasal devlet bakımından vazgeçilmez nitelikte olan, anayasayı temel hak ve özgürlükler lehinde yorumlamak ve bireysel başvuruları kabul etmek fonksiyonları incelenecektir.

¹¹²⁸ 27.12.1973 tarih ve 73-51 sayılı karar, Gülsoy, 2007, s. 140.

¹¹²⁹ PARIENTE, Alain, "*Fransa'da Demokrasinin Pekişmesinde Yargının Rolü*", İçinde: Demokrasi ve Yargı, Ed: Ozan Ergül, TBBY, Ankara 2005, s. 205.

¹¹³⁰ GRUBER, Annie, "*Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ve Sosyal Haklar*", Çev.: Erdem Özdemir, İçinde: Anayasal Sosyal Haklar, Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal Yayınevi, İstanbul 2012, s. 250.

¹¹³¹ Ergül, 2007 (a), s. 112.

a. Anayasayı Temel Hak ve Özgürlükler Lehinde Yorumlamak

Bu gün için geçerliliğini kaybeden geleneksel düşünceye göre, yargıcın görevi hukuku yorumlamak olmayıp onu uygulamaktır. Buna göre, anayasal hükümler, kendi başlarına bir anlama sahiptirler. Bu, nesnel(objektif) nitelikte bir anlamdır. Yargıç, yapımı sürecinde herhangi bir söz hakkı olmadığı, anlamı önceden belirlenmiş ve kendisine empoze edilen bir normu uygulamaktadır.¹¹³² Ancak günümüzde egemen olan, hukukun uygulanmasının yorumundan bağımsız olmadığı görüşüdür.¹¹³³ Hukuk normu öncelikli olarak yorumlanacak sonra uyumsuzluk konusu olaya uygulanacaktır. Hukuk normatif niteliğinden dolayı ‘olması gereken’ i içermekteyse de çeşitli nedenlerden dolayı yoruma muhtaçtır.¹¹³⁴

Diğer taraftan anayasa normları genellikle oldukça soyut, kısa, öz ve genel nitelikteki ifadelerle kaleme alınmışlardır. Anayasalarda yer alan düzenlemelerin genel prensip ve değerler biçiminde olması nedeniyle, somutlaştırılmadan uygulanmaları oldukça zordur. Bu husus, temel hak ve özgürlükler bakımından daha da önem kazanmaktadır.¹¹³⁵ Anayasal bir devlette iktidar kullanımı ve dağılımını düzenleyen, özellikle temel hak ve özgürlükleri güvence altına almak için iktidarı etkili bir şekilde sınırlamayı amaçlayan bir metin olan anayasanın, ne anlama geldiğine kimler tarafından nasıl karar verildiği oldukça önemli bir konuyu oluşturmaktadır.¹¹³⁶

Kıta Avrupa’sı Hukuk Sisteminde, yorum konusundaki tartışmalar genellikle anayasa yargısı üzerinde yoğunlaşmıştır. Sistematik bir anayasa metodolojisinin fonksiyonu, anayasa normlarına toplumsal yaşamda işlerlik kazandırmaktır. Bu yönüyle bir anayasa normunun yorumu onu somutlaştırma işlemidir.¹¹³⁷ Yorumlama, yorumlanan bir nesneyi anlama ve anlamlandırma faaliyeti olup¹¹³⁸ bir hukuk

¹¹³² ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, “Anayasal Yargıda Yorum”, AİD, C.28, Sy.4, 1995, s. 3.

¹¹³³ Aliefendioğlu, 1995, s. 3.

¹¹³⁴ ODER, Emrah Bertil, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri Hukuksal Bilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma, Beta Yayınevi, İstanbul 2010, s. 5.

¹¹³⁵ METİN, Yüksel, Anayasanın Yorumlanması, Asi Yayıncılık, Ankara 2008, s. 33.

¹¹³⁶ ARSLAN, Zühtü, “Anayasa Mahkemesinin Yorum Tekeli, Yargısal Üstünlük ve Demokrasi”, İçinde: Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, C.II, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 60.

¹¹³⁷ KARAKAŞ, Jale, “Hermeneutik ve Hukuk”, HFSA, 12.Kitap, 2005, s. 103-104.

¹¹³⁸ Arslan, 2008 (a), s. 60.

normunun anlam açısından geçerliliğini/yürürlüğünü belirlemektedir.¹¹³⁹ Hukuk, yorum konusu olması gereken nesnelerden birisidir ve ‘hukuk yorumsal bir kavram’dır.¹¹⁴⁰ Hemen belirtilmelidir ki, hukuk kurallarının yorumu dendiğinde, yazılı hukuk normları kastedilmektedir. Bu nedenle de yorumda, pozitif hukukun düzenlemiş olduğu hükümlerin anlamlandırılması söz konusudur.¹¹⁴¹ Yargıç ya da mahkeme yazılı bir hukuk normunu yorumlayarak ona hukuki bir yaşam vermekte; uygulanabilir bir nitelik kazandırmaktadır.¹¹⁴² Genel olarak hukukun ve bu arada anayasanın uygulanmasının önemli bir aşamasını oluşturan yorum, yürürlükte olan hukuk ve anayasa normu hakkında basit bir bilgi verme faaliyeti değildir. Bu, aynı zamanda hukukun biçimlendirilmesi anlamına geleceğinden yorumda seçilecek yaklaşım ve kullanılacak yöntem ulaşılabilecek hukuksal sonuçlar bakımından da büyük önem taşımaktadır.¹¹⁴³

Diğer taraftan günümüzde anayasal devletin amacı, sınırlı devleti yaşama geçirmekten bireylerin temel haklarını koruma ve geliştirmeye doğru yoğunlaşma eğilimi taşımaktadır. Devlet ile bireyler arasındaki siyasal ilişkinin niteliği değişmekte, devletin egemen bir varlık olmasından kaynaklanan hakları ile vatandaşların ödevleri şeklindeki geleneksel ikili düşünce yapısı tersine dönmektedir. Artık vurgu, bireylerin haklarına, buna karşılık olarak da devletin ödevlerine yapılmaktadır. Söz konusu bu değişim, devlet otoritesinin oluşum şeklini belirlemekte, insan haklarının pozitif hukuka geçmesini sağlayarak kamu hukukunun yeni bir anlayış temelinde düzenlenmesine neden olmaktadır.¹¹⁴⁴

Günümüzde kamu hukuku, ‘bireylerin devlete karşı hakları’ biçiminde şekillenmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin kazanmış olduğu söz konusu bu anlam ve önem, onların nasıl yorumlanması gerektiği sorusunu da beraberinde getirmektedir. Anayasal bir devlette, temel hak ve özgürlüklere ilişkin özellikle de

¹¹³⁹ SELÇUK, Sami, 2007’nin Hukuk Olayı Anayasa Mahkemesi’nin 367 Kararı, Cedit Neşriyat, Ankara 2008, s. 32.

¹¹⁴⁰ Arslan, 2008 (a), s. 60.

¹¹⁴¹ ESEN, Bülent Nuri, Anayasanın Anayasa Mahkemesince Yorumlanması, AÜHFY, Ankara 1972, s. 5.

¹¹⁴² Kaboğlu, 1994, s. 155.

¹¹⁴³ SANCAR, Mithat, “Sosyalist Partinin Kapatılması Kararı Üzerine Düşünceler”, İçinde: Devlet Aklı Kışkacında Hukuk Devleti, Der.: Mithat Sancar, İletişim Yayınları, İstanbul 2000, s. 206-207.

¹¹⁴⁴ TURHAN, Mehmet, “Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı”, İçinde: Anayasa Hukukuna Liberal Bakışlar, Der.: Mehmet Turhan/Nur Uluşahin, Naturel Yayınları, Ankara 2009, s. 91.

anayasal normların başta anayasa mahkemeleri olmak üzere özgürlükçü bir bakış açısıyla; klasik yorum yöntemlerinin sınırlılıklarını aşar bir şekilde yorumlanması gerekmektedir.¹¹⁴⁵

Doktrinde yorum yöntemleri, lâfzî, tarihsel, sistematik¹¹⁴⁶ ve amaçsal (teleolojik) yorum¹¹⁴⁷ şeklinde dörtlü klasik bir tasnife tabi tutulmaktadır. Her ne kadar anayasanın yorumu, genel olarak hukukun yorumunun bir türü gibi görünüp anayasanın yorumunda da kanunların yorumlanmasında esas alınan klasik yorum yöntemlerinden yararlanılması gerektiği düşünülse de, aslında anayasal devletin yukarıda belirtilen amacı; devlet-birey ilişkisinin niteliğinde yaşanan değişim ve

¹¹⁴⁵ Turhan, 2009 (b), s.92.

¹¹⁴⁶ AYM, gerek 1961 gerekse 1982 Anayasa'ları döneminde temel hak ve özgürlüklerle ilgili uyumsuzluklarda anayasa normlarının yorumunda sistematik yorumu benimsediğini ortaya koyan çeşitli kararlar vermiştir. Mahkeme, öğrenim ve öğretim özgürlüğü ile ilgili yaptığı değerlendirmede, sistematik yorumu tüm hukuk kurallarına egemen temel bir ilke olarak görmüştür. Söz konusu kararda şu görüşlere yer verilmiştir: "Herhangi bir hukuk kuralının tek başına değil, içinde bulunduğu metnin tümü göz önünde tutularak yorumlanması, hukuk biliminin benimsenmiş ilkelerden olduğu için, inceleme konusu 21. maddenin ilk fıkrasındaki kuralın, bu madde içindeki ve Anayasa'nın başka maddeleri içindeki sınırlamalar yokmuşçasına yorumlanması, söz konusu edilemez; bundan ötürü, öğrenim ve öğretim özgürlüğünün, salt olarak öngörülmüş bulunduğu yollu bir ilke, benimsenemez." 1979/31 E, 1971/3 K, 12.01.1971, 26.03.1971 tarihli ve 13790 sayılı RG., Sistematik yorum, Yüksek Mahkeme'nin 2002 yılındaki içtihadında da, çalışma ve sözleşme özgürlüğünün sınırlanmasında başka anayasal değer ve ilkelerin varlığını dikkate almak için başvurduğu bir yorum yöntemi olmuştur. Karara göre: "Anayasanın tüm maddeleri aynı etki ve değerde olup, aralarında bir üstünlük sıralaması bulunmadığından, uygulamada bunlardan birine öncelik tanımak olanaklı değildir. Bu nedenle, kimi zaman zorunlu olarak birlikte uygulanan iki Anayasa kuralından biri diğerinin sınırını oluşturabilir." 2001/309 E, 2002/91 K, 15.10.2002. Benzer şekilde 2008 yılında yüksek öğretim kurumlarında kıyafet serbestisi sağlamayı amaçlayan Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları denetlerken sistematik yoruma başvurmuş, denetim yetkisini düzenleyen 148. maddeyi, Anayasa'nın ilk üç maddesine değiştirilmezlik güvencesi sağlayan 4. maddesi ile birlikte değerlendirmiştir. Kararda söz konusu maddeler, bir bütünlük içinde dikkate alınmakta ve buna gerekçe olarak ta Anayasa'nın bütünlüğü ilkesi gösterilmektedir. 2008/016 E, 2008/116 K, 05.06.2008, AMKD, Sy.45, C.II, 2008, s.1195 vd.; Oder, 2010, s. 57-58.

¹¹⁴⁷ Bu yöntemin varsaymış olduğu normun nesnel amaçlarının tespitinde, 'eşyanın doğası' temel bir ölçüt olmaktadır. Söz konusu bu ölçüt, AYM'nin içtihadında seçmenlerin bir siyasi partinin aday listesine oy verirken, siyasi partinin hem ideolojisine hem de listedeki tercihinin katıldıklarını ispatlamak üzere kullanılmıştır. Bu kararda amaçsal yorum, siyasi parti kavramının özel niteliğine dayalı doğal bir sonuç olarak ortaya çıkmıştır. Karara göre: "Bilindiği gibi her parti bir fikir, bir program beraberliğinin ve bunları yürütebilme gücünün ifadesidir. Nispi seçimde değeri olan budur. Nispi seçim düzeninde seçmen oylarının çoğu kişilere değil; fikirlere, programlara yönelir; yönelmesi gereklidir. Bir seçmenin oyunun, bir siyasi partinin aday listesine yönelmesi genel olarak seçmenin partinin temsil ettiği fikir ve programı yeğ tuttuğunu gösterir. Burada adayların kimlikleri ve kişilikleri tabiatıyla ikinci planda kalacaktır. Bir seçmen, fikir ve program gibi önemli bir unsorda bir siyasi parti ile beraberse, onun ülküsünü ve tutumunu benimsediği partinin aday listesinde düzenlenen sıradaki önceden bilinen görüşünde de katılmış bulunması beklenir." 1968/15 E, 1968/13 K, 03.04.1968, Oder, Yorum, s. 104; Doktrinde, AAM'nin temel hak ve özgürlükleri korumak için anayasa koyucunun söz konusu hakları Anayasa'da düzenlerken izlediği amaca uygun olarak karar verdiği dolayısıyla amaçsal yorum yöntemini benimsediği belirtilmektedir. HERZOG, Roman, "Alman Federal Anayasa Mahkemesi Raporu", Çev.: Ümit Özdağ, İçinde: Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, VII.Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, C.3, Ankara 1990, s. 17.

anayasasının niteliği dikkate alındığında önemli farklılıkların bulunduğu görülecektir. Tüm bu nedenlerle anayasaların ve özellikle de temel hakları içeren normlarının, kanunların yorumundan farklı kurallara tabi olması gerektiği genellikle kabul edilmekte ve kendine özgü bir anayasa hukuku metodolojisinden söz edilmektedir. Söz konusu metodoloji arayışı, yorumda daha çok normun metnini esas alan ve norma sıkı bağlılığa dayanan klasik yorum yöntemlerinin katı pozitivist yaklaşımını hak ve özgürlükler lehinde aşma konusuna yoğunlaşmakta ve bu amaçla çeşitli yollar önermektedir.¹¹⁴⁸

Bu yollardan ilki AİHM tarafından Sözleşme'nin yorumunda benimsenen 'geliştirici yorum' yöntemidir. Bu yönteme göre Sözleşme, bugünün şartları doğrultusunda, yani Sözleşme'yi kaleme alanların ilk ve klasik hale gelen amaçlarına bakarak değil, tam tersine olarak Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden günümüze kadar yaşanan toplumsal, hukuki ve siyasal gelişmeler dikkate alınarak yorumlanmalıdır.¹¹⁴⁹ Başka bir ifadeyle, temel hak ve özgürlüklere ilişkin normların yorumunda, klasik yöntemlerin tersine olarak norm-sosyal gerçeklik ilişkisi dikkate alınmalıdır.¹¹⁵⁰ Toplumsal yaşam durağan olmadığından anayasalarda yer alan özellikle de özgürlüklere ilişkin ilkeler, değişen şartlar çerçevesinde kapsam, sınır ve amaç bakımından yeniden belirlenerek uygulanmalıdır.¹¹⁵¹ Doktrindeki ifadeyle belirtmek gerekirse, "*Anayasa düzeyinde bir sorunu düşünecek olursak bu, 'dışa dönük yoruma' gitme zorunluluğunu; yani, normun yazılı, basılı şekli üzerinden*

¹¹⁴⁸ Sancar, 2000 (b), s. 207.

¹¹⁴⁹ MOULY, Jean, "Büyük Dairenin 12 Kasım 2008 Tarihli Demir ve Baykara c/Türkiye Kararı Sosyal Hakların Genişletilmesinde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi", Çev.: Gülten KURT, İçinde: Anayasal Sosyal Haklar, Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal Yayınevi, İstanbul 2012, s. 230.

¹¹⁵⁰ Sancar, 2000 (b), s. 208; Doktrinde aksi yönde savunulan bir görüşe göre, genel olarak anayasasının özel olarak da temel hak ve özgürlüklerle ilgili hükümlerin sosyal gerçeklikte yaşanan değişim dikkate alınarak dinamik bir şekilde yorumlanması gerektiği sadece bir iddiadır. Buna göre, gerçekliğin değişmesi, ortaya çıkan yeni gelişmeler, egemen olmaya başlayan görüşler, anayasa hukukunu ve onun yorumunu ancak anayasa tarafından öngörülmüşse onun izin verdiği ölçüde değiştirip etkileyebilir. Anayasa hukuku diğer pozitif hukuk dallarında olduğu gibi, kendi değişim ve oluşumunu öngörür ve düzenler. Pozitif anayasa hukukunun, anayasa koyucunun tarihsel iradesini güncel hale getirmek ve sosyal gerçeklikte meydana gelen değişiklikleri dikkate alarak günün koşullarına uyarlamak için anayasa mahkemesini yetkilendirmesi gerekir. HILLGRUBER, Christian, "Anayasasının Yorumlanması", Çev.: Yüksel Metin, İçinde: Anayasa Teorisi, Lale Yayıncılık, Ed.: Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter, Çev.Ed.: İlyas Doğan, Ankara 2014, s. 529-530.

¹¹⁵¹ Turhan, 2009 (b), s. 103.

başınızı kaldırıp da etrafınıza bakmak ve gerçeklerin ne olduğunu araştırmak zorunluluğunu, yorumun dışa dönük olarak yapılmasını gerektirmektedir”.¹¹⁵²

Klasik yöntemlerde sosyal gerçeklik, normun anlamlandırılmasına etki eden bir rol oynamamaktadır.¹¹⁵³ Oysaki normun bizzat kendisi, norm ile korunmak veya değiştirilmek istenen belli bir sosyal gerçekliği dikkate alan ifadelerle kaleme alınmaktadır. Bu nedenle, normun ilişkili olduğu sosyal gerçeklik alanı, normun anlamını belirleyen temel unsurlardan biridir ve normun anlamı sosyal gerçeklik dikkate alınmaksızın belirlenemez. Sosyal gerçekliğin bu şekilde temel bir etkiye sahip olmasıyla, sosyal gerçeklikte meydana gelen değişim ve dönüşümlerin ruhu hukuk tarafından yakalanmakta; hukuk ile hayatın akışı arasında bir farklılığın ortaya çıkması engellenmiş olmaktadır.¹¹⁵⁴

¹¹⁵² Esen, 1972, s. 10.

¹¹⁵³ Sancar, 2000 (b), s. 208.

¹¹⁵⁴ Doktrin, AYM'nin Sosyalist Partinin devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı amaçlayan faaliyetlerde bulunması nedeniyle kapatılması yönünde vermiş olduğu 1991/2 E, 1992/1 K, 25.10.1992 tarihli kararı, sosyal gerçekliği dikkate almaması nedeniyle eleştirilmiştir. Buna göre Mahkeme, konuyu düzenleyen Anayasa normlarının yorumunda sosyal gerçekliği dikkate almayan katı bir pozitivizm içindedir. Bu davada hareket noktası niteliğindeki norm, kapatma kararının da hukuksal gerekçesini oluşturan ve Anayasa'nın çeşitli hükümlerinde ifadesini bulan 'devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü' şeklindeki ifadedir. Anayasa Mahkemesi, 'ayrı bir Kürt ulusal varlığı'ndan söz edilmesini, 'Kürt milleti-Kürt halkı-Kürt illeri' tanımlamalarının kullanılmasını, 'Kürtlerin kültürel ve ulusal hakları' nın gündeme getirilmesini, 'federatif bir devlet yapısı'nın savunulmasını, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozucu nitelikte görmüştür. Başka bir ifadeyle, bu kavram ve taleplerin içeriği doğrultusunda ortaya çıkan düşünce ve faaliyetlerin, söz konusu normun getirmiş olduğu yasakla korunmak istenen hukuksal menfaati ihlal ettiğini kabul etmiştir. Oysaki bugün bu kavram ve görüşler, hükümet programlarından parti programlarına, Cumhurbaşkanı'ndan Başbakan'a, kitle örgütlerinden bireylere vb. kadar devletin ve sivil toplumun hemen her kademesinde değişik biçimlerde ifade edilmekte ve tartışılmaktadır. Bu durum, somut bir sorun ve vakıanın doğal bir sonucu olma niteliği taşımakla birlikte diğer taraftan asıl olarak normun anlamını belirleyecek olan sosyal gerçekliğin değiştiğini de göstermektedir. Söz konusu kavram ve düşünceler çerçevesinde tartışma ve çözüm üretme faaliyetleri, sosyal ve siyasal ilişkiler ağının doğal bir parçası haline gelmiş ve hatta bir ölçüde de kaçınılmaz bir zorunluluk haline gelmiştir. Söz konusu zorunluluk, öncelikle de siyasi partilerin soruna ilişkin düşünce ve çözüm önerileri üretmelerini zorunlu hale getirmektedir. Bu durumda kapamaya temel teşkil eden normun, sosyal gerçekliğin söz konusu değişikliğe uğramış yapısıyla birlikte yorumlanması ve yukarıda belirtilen kavram ve görüşlerin, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozucu nitelikte olmadığının kabul edilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde normun, sosyal gerçeklik unsuru dikkate alınmaksızın dolayısıyla da yanlış yorumlanması söz konusu olacak; bu da pozitif hukukun ne ölçüde meşru olduğu tartışmasını gündeme getirebilecektir. Bu yaklaşım tarzını, normu bütünüyle yok saymak ya da göz ardı etmek olarak düşünmemek gerekmektedir. Nasıl ki sosyal gerçeklik normun temel unsurlarından biriye normun metni de aynı niteliktedir. Norm metninin belli bir yasağı hükme bağlamak üzere düzenlenip kaleme alındığı açıktır. Bu iki unsur birlikte değerlendirildiğinde, 'devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü' şeklindeki anayasal normda belirtilen hukuksal menfaati, devletin fiziksel bütünlüğünü bozmaya yönelik amaç ve faaliyetlerin ihlal edebileceği söylenebilir. Sancar, 2000 (b), s. 208-210.

Benzer şekilde doktrinde, bazı AYM kararlarına¹¹⁵⁵ atfen özgürlüklerin sınırlanmasında bir ölçüt olan Cumhuriyet kavramının yorumunda, Cumhuriyet ile neyin kastedilmiş olduğu kadar, bu kavramın yer ve zaman itibarıyla gelişimi ve bugün kazanmış olduğu anlamın da önemli olduğu belirtilmektedir.¹¹⁵⁶ AİHM de bir kararında, Sözleşmede yer alan temel hak ve özgürlüklerin konusu ve amacı ele alınırken başka bir ifadeyle, yorumlanarak somut olaya uygulanırken sadece Sözleşme hükümlerinin değil, davalı Devlet tarafından onaylanmış olup olmadığı önemli olmaksızın uluslararası hukukun kaynağını oluşturan diğer bir takım uluslararası sözleşmeler ile bunların yetkili organlarca nasıl yorumlandığının da dikkate alınacağına hükmetmiştir. Mahkeme önemli olanın, söz konusu uluslararası sözleşme ve uygulamaların, uluslararası hukukta veya AK'ye üye devletlerin çoğunluğunun iç hukukunda yer alıp uygulanan norm ve ilkelerde devam etmekte olan bir gelişimi ifade etmesi ve modern toplumların ortak zeminini oluşturması olduğunu belirterek normların yorumunda sosyal gerçekliğin önemine dikkat çekmiştir.¹¹⁵⁷

Norma sıkı bağıllık ilkesine dayanan klasik yorum metotlarının katı pozitivist yaklaşımını aşmak amacıyla önerilen yollardan bir diğeri 'normların hak temelli yorumlanması' dır. Doktrinde Ronald Dworkin'e atfen hukukun, amaç veya ödev temelli değil, hak temelli olması gerektiği belirtilmekte; yani hakların, ödevlerden ve kolektif amaçlardan daha üstün tutulması gerektiği savunulmaktadır. Buna göre, bütün anayasalarda işkence yasağı yer almaktadır. İşkencenin cezalandırılan bir fiil olması mağdurun acılarını temel alıyorsa yaklaşım hak temelli olacaktır. Eğer cezalandırma, işkencenin bunu yapan kamu görevlisinin görevinin gerekleriyle bağdaşmadığı, ortaya çıkan işkence vakıalarının devleti küçülttüğü düşüncesine dayanıyorsa, işkence yasağına yaklaşım ödev temelli olacaktır. Eğer işkence, buna maruz kalmayanların menfaatlerini de etkilemiş olması halinde kabul edilemez bulunuyorsa, işkenceye yaklaşım yararcı bir amaç taşımakta ve amaç temelli

¹¹⁵⁵ Söz konusu bu kararlarda AYM Cumhuriyet kavramının geniş bir şekilde yorumlanması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. 1976/43 E, 1977/4 K, 27.01.1977, AMKD, Sy.15, 1978, s. 113; 1973/19 E, 1975/87 K, 15.04.1975, AMKD, Sy.13, 1976, s. 428.

¹¹⁵⁶ YAYLA, Yıldızhan, "Anayasa Mahkemesi'ne Göre Cumhuriyetin Özü", İçinde: Prof. Dr Hıfzı Tümmur'un Anısına Armağan, İÜHFY, İstanbul 1979, s.1004.

¹¹⁵⁷ Demir ve Baykara/Türkiye, Kararın Türkçe çevirisi için Bkz. Başvuru No: 34503/97, 12.11.2008, <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/34503-97.pdf>, s. 8-10. e.t: 11.07.2014.

olmaktadır. Özetle belirtmek gerekirse Ronald Dworkin'in haklar tezi, temel hak ve özgürlüklerin genel-ortak yarar düşüncelerinden önde geldiğini ifade etmektedir. Ona göre vatandaşların devlete karşı, bir takım ahlaki hakları bulunmaktadır.¹¹⁵⁸

Hak temelli yaklaşımın daha iyi anlaşılabilmesi için ülkemizde yakın zamanlarda yaşanmış olan öğrenci evleri tartışması örnek olarak verilebilir. Kız ve erkek öğrencilerin evlenmeksizin aynı evi paylaşmaları ve bu duruma yönelik çevre sakinlerinin tepkisinin ulusal siyaset ve medya gündemine yansımaları üzerine büyük bir tartışma ortaya çıkmış; valilikler aracılığıyla bu duruma müdahale edileceği iddiaları da bu konunun uzun süre gündemde kalmasına neden olmuştur.¹¹⁵⁹

Tartışma, 'yaşam biçimi-tercihi' ve 'laiklik' temelinde yapılmıştır. Söz konusu bu olay aslında 'yaşam biçimi' konusundaki tartışmanın ne kadar yanlış olduğunu göstermektedir. Öğrencilerin istedikleri kişiler ile diledikleri biçimde yaşamaları laiklik kavramına başvurularak korunmaya çalışılmıştır. Üniversite çağına gelmiş ve çoğu reşit olmuş öğrencilerin nikâh akdi olmaksızın aynı evi paylaşmaları, hak temelli bir yaklaşımla da ve çok daha güvenceli bir şekilde korunabilir. Öğrencilerin kamu düzenini ihlal etmeksizin istedikleri kişiyle diledikleri mekânda yaşamaları hiç şüphesiz ki bir haktır. Ancak bu hakka sahip olmakla, bu hakkı inanç farklılıklarından kaynaklanan baskı ve zorlamaları engellemeye hizmet eden laiklik ilkesine başvurarak savunmak birbirlerinden farklı olgulardır; çünkü karşı cinsten iki kişinin evlenmeksizin aynı evi paylaşmaları laik bir yaşam biçimi değildir. Bu tür bir yaşam biçimini tercih etmeyenler veya doğru bulmayanlar da pekâlâ laik bir yaşam biçimine sahip olabilirler. Laiklik ilkesine başvurarak söz konusu özgürlüğü savunmak, buna dinsel nedenlere dayanarak bir engelleme getirilmesini ortadan kaldırma amacı taşımaktadır. Diğer taraftan söz konusu yaşam biçiminde aslında meselenin aile kavramı olduğu ve buna yönelik itirazın dinsel nedenlerle değil de, ailenin korunması ve sağlıklı, iyi yetişmiş gelecek nesillerin önemi vurgulanarak yapılması durumunda karşı cinsten öğrencilerin özgürlüğünü laiklik ilkesine başvurarak korumak mümkün olamayacaktır.

¹¹⁵⁸ DWORKİN Ronald, A Matter of Principle, Harvard University Press, Cambridge, 1985, s.9-11'den nakleden, Turan, Yorum, s. 105.

¹¹⁵⁹ Konu hakkındaki haber ve tartışmalar için bkz. <http://haber.stargazete.com/yazar/ogrenci-evi-tartismasinda-toplum-ne-dusunuyor/yazi-806216;> <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/25060944.asp>. e.t: 11.07.2014.

Benzer şekilde söz konusu bu özgürlüğü laik bir yaşam biçimi çerçevesinde ele alıp savunduğumuz zaman öğrencilerin bu şekilde birlikte yaşamalarına genel toplumsal ahlak adına veya aile kavramına dayanarak karşı çıkanları laiklik karşıtı olarak değerlendirmek sanırız çok mümkün olmasa gerekir. Bütün bunlardan da anlaşılmaktadır ki, farklı yaşam biçim ve tercihleri laiklik ilkesine başvurmadan da hak temelli bir yorumla, hak ve özgürlüklerin kendi dinamikleri çerçevesinde önü açılarak, çok daha güvenceli bir şekilde korumak mümkün olacaktır.

AIHM de, Refah Partisi'nin AYM tarafından kapatılması¹¹⁶⁰ üzerine yapılan başvuruyu Sözleşme hükümleri çerçevesinde incelerken 'hak temelli' yaklaşım-yorumdan ayrılmış, 'amaç-temelli' bir yorumu benimsemiştir.¹¹⁶¹ AYM kararları ile kapatılan Türkiye Birleşik Komünist Partisi (TBKP)¹¹⁶² ile Özgürlük ve Demokrasi partisinin (ÖZDEP)¹¹⁶³ tüzük ve programının; Sosyalist Partinin (SP)¹¹⁶⁴ eylemlerinin, şiddeti savunma, teşvik veya şiddete başvurma niteliğinde olmadığı şeklinde özetlenebilecek bir gerekçeye dayanan AIHM ihlal kararı vermiştir. Mahkeme, örgütlenme hakkının sınırını söz konusu gerekçeler çerçevesinde belirlemiş; hakkın sahibi siyasi partiyi temel alarak konuya yaklaşmış böylelikle hak temelli bir yorumu benimsemiş ve Sözleşme'nin dernek kurma ve toplantı özgürlüğünün düzenlenmiş olduğu 11. maddesini, kapatma yaptırımı uygulanan siyasi parti açısından ele almıştır.

Ancak Refah Partisi kararında¹¹⁶⁵ söz konusu bu yaklaşım biçiminden ayrılmış;¹¹⁶⁶ başvuru Partinin mensupları tarafından dile getirilen görüş ve önerilerin demokrasinin temel ilkeleriyle bağdaşır nitelikte olmadığı gerekçesiyle AYM tarafından verilen kapatma kararının Sözleşme'ye uygun olduğuna

¹¹⁶⁰ 1997/1 E, 1998/1 K, 16.01.1998, AMKD, Sy.34, C.II, 1999, s. 762-1145.

¹¹⁶¹ TURHAN, Mehmet, "Hukukta 'Özgürlükçü' Yorum ve Refah Partisi Kapatma Davaları", İçinde: Anayasa Hukukuna Liberal Bakışlar, Der.: Mehmet Turhan/Nur Uluşahin, Naturel Yayınları, Ankara 2009, s. 147.

¹¹⁶² Kararın Türkçe çevirisi için bkz. İHKAD, C.II, İstanbul Barosu Yayınları, Çev: Osman Doğru/Sibel İncoğlu, 1998, s. 372-394.; 1990/1 E, 1991/1 K, 16.07.1991, AMKD, Sy.27, C.II, 1993, s. 865-969.

¹¹⁶³ Kararın Türkçe çevirisi için bkz. http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/23885_94.pdf. e.t: 11.07.2014.; 1993/1 E, 1993/2 K, 23.11.1993, AMKD, Sy.30, C.II, 1995, s. 841-935.

¹¹⁶⁴ Kararın Türkçe çevirisi için bkz. http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/20_1997_804_1007.pdf. e.t: 11.07.2014.; 1988/2 E, 1988/1 K, 08.12.1988, AMKD, Sy.24, s.534-620.

¹¹⁶⁵ Kararın Türkçe çevirisi için bkz. <http://www.kararara.com/aihm/turkce/aihm10469.htm>. e.t: 11.07.2014.; 1997/1 E, 1998/1 K, 16.01.1998, AMKD, Sy.34, C.II, s. 762-1145.

¹¹⁶⁶ AIHM, Refah Partisi yöneticilerinin siyasal bir araç olarak kuvvete başvurmadıklarını, şiddet çağrısında bulunmadıklarını kabul etmiştir. p.131.

hükmetmiştir. Doktrinde bunun, ‘amaç temelli’ bir yorumu benimsemek olduğu belirtilmiş; Dworkin’in hak tezine atıfla, hak ve özgürlüklerin diğer bütün mülahazalar karşısında öncelikli olması gerektiği vurgulanmıştır.¹¹⁶⁷

Diğer taraftan, uyumsuzluk halinde olan iki veya daha çok taraftan herhangi birinin bir temel hakka dayanmak istemesi hali, temel haklar arasında gerçek bir çatışma olarak tanımlanmaktadır. Bu türlü olaylarda olması gereken temel ilke, çatışan temel hak durumlarına mümkün olduğunca adil davranılmasıdır.¹¹⁶⁸ Çatışmanın bir tarafında temel hak; diğer tarafında ise anayasa hukukunun temel bir ilkesi bulunsa dahi hangisinin tercih edilmesi gerektiği bir yorum sorunudur. Örneğin sanat özgürlüğüyle insan onuru gibi iki temel hak arasındaki çatışmayı AAM, genellikle sanat özgürlüğü lehinde çözmüş; ender bazı kararlarında ise kişi onuruna üstünlük tanımıştır.¹¹⁶⁹ AYM de diğer ülkelerdeki yüksek mahkemeler gibi zaman zaman demokratik iki temel değer arasında bir tercih yapmakla karşı karşıya kalmaktadır. Bu tercihleri bazen özgürlükler lehinde oluşmamaktadır. AYM’nin bir kararında,¹¹⁷⁰ “Özelde korunması gerekli görülen laiklikle bağdaşmayan özgürlük savunulamaz ve korunulamaz.”¹¹⁷¹; “...giyim özgürlüğü ve özerklik, lâiklik üstün tutularak, lâiklikle birlikte gözetilir. Lâikliğı ortadan kaldıran ya da zedeleyen bir özgürlük ya da özerklik geçerlik kazanamaz.”¹¹⁷²denilerek iki temel değer çatışması halinde tercihin Anayasamızda yer alan laiklik ilkesinden yana yapılarak bir sonuca ulaşılacağı hüküm altına alınmıştır.¹¹⁷³

Anayasa Mahkemesi’nin özgürlüklere olan bu yaklaşım ve yorum tarzı, Dworkin’in özgürlükleri her türlü değerlendirmeden üstün tutan yaklaşımından son derece farklı bir konumda bulunmaktadır. Demokratik değerler arasında bir tercih yapmak söz konusu olduğunda bunun özgürlükler esas alınarak yapılması daha doğru bir yaklaşım tarzı olacaktır. Çünkü kanaatimizce anayasal bir devlette öncelikle

¹¹⁶⁷ Turhan, 2009 (a), s. 147.

¹¹⁶⁸ Herzog, 1990, s. 17.

¹¹⁶⁹ Herzog, 1990, s. 17-18.

¹¹⁷⁰ 1989/1 E, 1989/12 K, 07.03.1989.

¹¹⁷¹ AMKD, Sy.25, 2001, s. 152.

¹¹⁷² AMKD, Sy.25, 2001, s. 156.

¹¹⁷³ Kararın eleştirisi için bkz. ULUSOY, Ali, “Laiklik ve Türban Sorununun Hukuksal Yönden Değerlendirilmesi”, İçinde; Kamu Hizmeti İncelemeleri, Der.: Ali Ulusoy, Ülke Kitapları, 1. Baskı, Ankara 2004, s. 210-217.

temel hak ve özgürlüklerin başka değer ve mülahazalar karşında nispi bir nitelik kazanması engellenerek bunlara feda edilmemesi gerekmektedir.

Bu çerçevede Refah Partisi'nin kapatılmasıyla ilgili olarak gerek AYM gerekse AİHM kararları eleştirilmektedir. Buna göre, Dworkin'in hukuk kuramı hakları tanımlayan ve sınıflandıran ilkeler üzerinde yükselmektedir. İlkelerin başkalarıyla çatışması halinde hangi hak daha güçlü durumda ise, o hakkı içeren ilke davanın çözümünde dikkate alınmalıdır. Oysaki AYM, davalı partinin örgütlenme hakkından hareket ederek davayı çözümlemeye çalışmamış, hak temelli bir yaklaşım ve yorumda bulunmamıştır. Bu nedenle de parti kapatma davalarında ceza hukukunun sanık lehine olan ilkelerini göz ardı etmiştir. Yine milletvekillerinin ifade özgürlüğü bakımından son derece önemli olan yasama sorumsuzluğunu da kapatma davasında dikkate almamıştır.¹¹⁷⁴

Son olarak, anayasal devletin hayata geçmesi bakımından klasik yorum yöntemlerinin katı pozitivist tavrının aşılmasında özellikle anayasa yargısı tarafından başvurulması gereken yöntemlerden biri olan 'Karşılaştırmalı Anayasa Hukukuna' başvuru incelenecektir. Söz konusu yöntem artık günümüzde seçenekler arasında en iyinin tercih edilmesini sağlayan ve sadece yapılması düşünülen reformlar öncesi başvurulması gereken bir yorum yöntemi değildir. Tersine olarak çoğunlukla, yabancı hukuk düzenlerinin ortaya koyduğu perspektif içinde, ulusal hukuk düzenlerinin artıları ve eksileri ile birlikte daha iyi anlaşılmasını sağlayan bir yöntem olarak görülmektedir.¹¹⁷⁵

Diğer taraftan, her geçen gün Avrupa'da, hatta nerdeyse bütün dünyada anayasalar alanında benzerlikler çoğalmaktadır. Söz konusu benzerlikler, anayasanın yorumunda yabancı anayasaların yardımcı yorum unsuru olarak kullanılmasını gündeme getirmektedir. Adı geçen benzerliklerden birisi milletvekili dokunulmazlığıdır. İspanya Anayasa Mahkemesi, bu kurumun ortak bir anlamı olacağı düşüncesinden hareketle, İspanya Anayasası'nın 25. maddesinde yer alan kurumun içeriğini belirlerken AAM'nin konuyla ilgili içtihatlarına dayanarak özgürlük lehinde karar vermiştir. Benzer şekilde Fransız Anayasa Konseyi de, bilim

¹¹⁷⁴ Turhan, 2009 (a), s. 144.

¹¹⁷⁵ METİN, Yüksel, "Anayasanın Yorumlanmasında Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunun Yeri ve Önemi", İçinde: Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN'a Armağan, C.II, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 440.

hürriyeti ve yayma hakkı konusunda AAM içtihatlarını benimsemektedir. AAM'nin benzer şekilde Yunanistan ve Portekiz Anayasa Mahkemeleri kararları üzerinde de etkili olduğu görülmektedir. AAM de Anayasanın özellikle de temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümlerini somutlaştırırken diğer ülkelerin Anayasa ve Anayasa Mahkemeleri kararlarından yararlanmaktadır. Örneğin, çeşitli ülkelerdeki yargısal içtihatlar ve doktrinden faydalananarak Bonn Anayasası'nın 13. maddesindeki konut kavramının geniş manada yorumlanıp anlaşılması gerektiğine hükmetmiştir. Benzer şekilde söz konusu yöntemi, ömür boyu hapis cezasının meşruluğu ve egemenlik yetkisinin devrinin anayasal sınırları konusunda da dikkate alarak özgürlükler lehinde sonuçlara ulaşmıştır.¹¹⁷⁶

b. Bireysel Başvuruları Kabul Etmek(Anayasa Şikayeti)

Anayasal devletin üzerinde yükselmiş olduğu temel değerlerden biri olan temel hak ve özgürlüklerin başta devlet olmak üzere kamusal nitelikte yetki kullanan organlar (kamu gücü) tarafından ihlal edilmesini engellemek, ortaya çıkan ihlalleri telafi edip yaptırıma bağlamak oldukça önem taşımaktadır. Bu çerçevede Anayasa yargısında bireysel başvuru yolunun¹¹⁷⁷ kabul edilerek anayasal düzene dahil edilmesi anayasal devletin hayata geçirilmesi bakımından son derece önem taşımaktadır. Gerçekten de pek çok devlette bireysel başvuru yolu anayasa yargısının en önemli fonksiyonu olarak kabul edilmektedir.

Öncesinde de belirtildiği üzere, kanunların anayasaya uygunluğunun sağlanması veya anayasal düzenin korunması dışında temel hak ve özgürlüklerin korunması, anayasa yargısının anayasal devletteki en temel fonksiyonunu oluşturmaktadır. Anayasa yargısının söz konusu bu fonksiyonu geçmişte ikincil

¹¹⁷⁶ Metin, 2008 (c), s. 443-445.

¹¹⁷⁷ Kurum, Almanya uygulamasında terim olarak 'anayasa şikâyeti' olarak ifade edilmekte ve Alman Anayasa yargısındaki 'Verfassungsbeschwerde' teriminin Türkçedeki karşılığını oluşturmaktadır. Karşılaştırmalı hukukta, 'şikâyet' teriminin gerek olumsuz bir anlamı çağrıştırması gerekse 'başvuru' teriminin daha tarafsız ve kapsayıcı bir anlama sahip olması nedeniyle 'bireysel başvuru' ya da 'anayasal başvuru' genel olarak kabul edilen bir terim olmaktadır. KILINÇ, Bahadır, "*Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği*", AYD, Sy.25, 2008, s. 22; Tunç, 1997, s.41; Meksika'da Türkçe'ye, bir kişiyi ya da bir şeyi korumak, himaye etmek, desteklemek, savunmak anlamlarına gelen, 'Amparo' terimi kullanılmaktadır. BAAMONDE, Maria Emilia Casas, "*Ampora Başvurusu*", AYD, Sy.26, 2009, s. 104. Bu çalışmada bireysel başvuru terimi kullanılacaktır.

nitelikte görülmüş olsa da, anayasal devlette temel hak ve özgürlükleri koruma fonksiyonu anayasa mahkemelerinin ve anayasa mahkemesi görevini yerine getiren mahkemelerin en önemli niteliğini oluşturmaktadır. Bu yönüyle bireysel başvuru, anayasa yargısının temel hakları koruma fonksiyonunu yerine getirmede ulaşılmış olduğu gelişmişlik seviyesinin bir aşamasını ve şu an için son basamağını ifade etmektedir.¹¹⁷⁸

Venedik Komisyonu'nun 2004 tarihli raporunda da belirtildiği üzere, anayasa yargısının son yıllardaki gelişme eğilimi, 'kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminden', 'kanunların uygulanmasının denetimine' doğru bir yönelim şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu, bir bakıma yasamanın denetiminden yargının denetimine geçişi ifade etmektedir.¹¹⁷⁹

Kanaatimizce, bireysel başvuru yolunun kullanılması bu kuruma yer veren ülkelerin hukuk sistemlerinde genel olarak olağan kanun yollarının tüketilmesi şartına bağlanmıştır. Bu ise kamusal yetki kullanılmak suretiyle özgürlükleri ihlal eden eylem ve işlemlerin yargısal başvuruya konu edilerek yargısal sürecin kesinleşmesini zorunlu kılmaktadır. Bu yönüyle değerlendirildiğinde, her ne kadar bireysel başvuruda inceleme konusu yapılan temel hak ve özgürlükleri ihlal eden eylem ve işlemler ise de nihai olarak bu işlemlerin hukuka uygunluğu konusunda son sözü söyleyen mahkeme kararları da anayasa yargısı tarafından denetlenmiş olmaktadır. Dolayısıyla anayasa yargısı, bireysel başvuru yoluyla sadece yasama organı denetleyen bir mekanizma olmaktan çıkarak yargı organının denetlenmesini de gerçekleştirmekte böylelikle özgürlüklerin kamusal yetki kullanan her organ, kesim¹¹⁸⁰ veya kişiye karşı korunmasını sağlayarak koruma kalkanının etki alanını genişletmekte; anayasal devletin temel hak ve özgürlükler düzeninde çok önemli fonksiyonları yerine getirmektedir. Ayrıca anayasa yargısına başvuruda geleneksel yol olan somut ve soyut norm denetiminin sadece kanunlar bakımından mümkün

¹¹⁷⁸ Kılınç, 2008, s. 20.

¹¹⁷⁹ Görüş No:296/2004, Raporun Türkçe çevirisi için bkz.

<http://www.abgm.adalet.gov.tr/ekutuphane/venedik%20komisyonu%20g%C3%B6r%C3%BC%C5%9Fleri/4.pdf>, s.10. e.t: 28.07.2014.

¹¹⁸⁰ Alman uygulamasında, bütün yasama işlemlerine karşı da bireysel başvuru yapılabilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kılınç, 2008, s. 21.

olduğu, anayasada belirtilen sınırlı sayıda kişi ya da kurumun inisiyatifinde¹¹⁸¹ olduğu düşünüldüğünde söz konusu yolun önemi daha iyi anlaşılmaktadır. Şöyle ki, bireysel başvuru yoluyla hem kamusal yetkiye dayanan her türlü hak ihlalinin yargısal denetimi sağlanarak hem de olağan hukuk yolları tüketildikten sonra devreye girmesi için sadece ihlale uğrayan kişinin iradesinin varlığının yeterli olduğu bir yol olarak yargısal korumanın alanını hem konu hem de bundan yararlananlar bakımından genişleterek anayasal devletin inşasına büyük bir katkı yapmaktadır.

Bireysel başvuru, Anayasa'nın bağlayıcı ve üstün bir hukuk metni olması nedeniyle her şeyden önce temel hak ve özgürlüklerin doğrudan kullanımını sağlamaktadır.¹¹⁸² Venedik Komisyonu'nun 2004 tarihli raporunda, bireysel başvuru hakkının anayasal adaletin en önemli unsurlarından biri olduğu, bu yolla temel hakların daha iyi ve daha etkili korunmasının mümkün olacağı belirtilmektedir.¹¹⁸³ Bu kurum, devletin insan onurunu korumak için göstermek zorunda olduğu hassasiyetin bir ifadesini oluşturmaktadır. Böylelikle anayasal devlet, temel hak ve özgürlükleri bireysel planda da koruma altına alarak, hiçbir hak ihlalinin takipsiz kalmadığını göstermiş olmaktadır.¹¹⁸⁴ Özellikle de kamu gücünden kaynaklanan her türlü hak ihlalinin anayasa yargısı önüne gelme ihtimalinin olduğu hukuk düzenlerinde, hukuk devletinin dolayısıyla da anayasal devletin temelinde yer alan yargı güvencesi ilkesi hayata daha çok geçmiş olmaktadır.¹¹⁸⁵

Hemen belirtmelidir ki bireylerin kamusal yetki kullanılarak yaşamış oldukları ihlallerin niteliği diğerlerine oranla daha ağır olduğundan bu yolla daha

¹¹⁸¹1982 Anayasası'nın 150. maddesine göre, iptal davası açabilmek (soyut norm denetimi) yetkisi, Cumhurbaşkanına, iktidar ve ana muhalefet partisi Meclis grupları ile TBMM üye tam sayısının en az beşte biri tutarındaki milletvekiline ait iken 152. maddesine göre, somut norm denetimi yoluna başvuru ancak görülmekte olan davaya bakan mahkemenin anayasaya aykırılık iddiasını ciddi bulmasıyla mümkündür.

¹¹⁸² SAĞLAM, Fazıl, “*Anayasa Şikâyetini Bekleyen Sorunlar*”, İçinde: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti/Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar), TBBY, Ankara 2011, s. 21.

¹¹⁸³ Görüş No:296/2004, Raporun Türkçe çevirisi için bkz.

<http://www.abgm.adalet.gov.tr/ekutuphane/venedik%20komisyonu%20g%C3%B6r%C3%BC%C5%9Fleri/4.pdf>, e.t: 28.07.2014.; 1982 Anayasası'nın 148. maddesiyle ilgili değişikliğe ilişkin 05.04.2010 tarih ve 2/656 sayılı Kanun teklifinin gerekçesinde de aynı husus vurgulanmış, bireysel başvuru yoluyla bireylerin sahip olduğu hak ve özgürlüklerin daha iyi korunacağı; kamu otoritelerinin Anayasa ve diğer kanunlara uygun davranmak konusunda kendilerini zorunlu hissedecekleri belirtilmiştir. <http://www.tbmm.gov.tr/d23/2/2-0656.pdf>, s. 13. e.t: 28.07.2014.

¹¹⁸⁴ Kılınç, 2008, s. 27.

¹¹⁸⁵ MELLİNGHOF, Ruduolf, “*Federal Almanya Cumhuriyeti'nde Anayasa Şikâyeti*”, AYD, Sy.26, 2009, s. 33.

nitelikli ve özel bir koruma sağlanmış olmaktadır.¹¹⁸⁶ Bununla birlikte bireysel başvuru sadece bireysel planda hakları korumakla kalmaz, başka bir ifadeyle yöntemin sadece sübjektif değil objektif etki ve sonuçları da bulunmaktadır. Objektif etkisi sayesinde, bir bütün olarak hukuk düzeni korunmakta ve anayasa yargısı içtihatları özgürlükler temelinde geliştirilmektedir.¹¹⁸⁷ Böylelikle Anayasa Hukukunun korunmasına, yorumlanması ve geliştirilmesine de hizmet etmekte,¹¹⁸⁸ ilkesel bir değer taşımaktadır.¹¹⁸⁹ Tüm hukuk düzenine yayılan etkisiyle anayasal düzeyde yargıda birlik ve bütünlüğü sağlamakta;¹¹⁹⁰ anayasal içtihat yaratma konusunda en yetkin organ olma niteliğiyle anayasa mahkemesinin temel hak ihlalleri konusunda vereceği kararlar, temel haklara ilişkin hukuk anlayışının tüm ülke düzeyinde objektifleşmesini, belirginlik kazanarak parçalılıktan ve muğlâklıktan uzaklaşmasını, yeknesaklaşmasını sağlamaktadır.¹¹⁹¹ Ayrıca sadece yargı organlarını değil, ilgili olduğu somut olayın ötesine de geçerek kamu gücüne dayanan tüm uygulamaları etkilemektedir.¹¹⁹²

Diğer taraftan söz konusu yöntem anayasa mahkemelerinin saygınlığını da artırmaktadır. Almanya’da anayasa hukuku ile ilgili her tartışmada AAM kararlarına atıf yapılmasının nedeni, Mahkeme’nin bireysel başvurular nedeniyle ortaya koymuş olduğu istikrarlı ve geniş bir içtihadın varlığıdır.¹¹⁹³ Bireysel başvurunun giderek özgürlükler bakımından bir güvence unsuru haline gelmesiyle ülke aleyhine AİHM’ye yapılan başvurularda büyük oranda bir azalma görülmektedir. Örneğin, İngiltere’de demokrasi ve insan hakları kavramları daha yerleşik olmasına hepsinden önemlisi Almanya’nın çok eski sayılamayacak zamanlar olan II. Dünya savaşı öncesi ve sırasında yaşanan ağır insan hakları ihlallerinin merkezi ve sembol ülkesi olmasına rağmen, her iki ülkeden AİHM’e yapılan bireysel başvurular incelendiğinde İngiltere aleyhine çok daha fazla sayıda müracaat olduğu

¹¹⁸⁶ ARNWINEİ ESEN, Selin, “İspanya’da Bireysel Başvuru Yolu”, AÜHFD, C.52, Sy.4, 2003, s. 249.

¹¹⁸⁷ Kılınç, 2008, s. 26.

¹¹⁸⁸ Mellinshof, 2009, s. 33.

¹¹⁸⁹ HASSEMER, Winfried, “Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar (Almanya’da Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor)”, AYD, Sy.21, 2004, s. 167.

¹¹⁹⁰ Sağlam, 2011, s. 21.

¹¹⁹¹ AYDIN, Öykü Diğdem, “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru”, GÜHFD, C.XV, Sy.4, 2011, s. 126.

¹¹⁹² Hassemer, 2004, s. 164.

¹¹⁹³ Kılınç, 2008, s. 27.

görülmektedir.¹¹⁹⁴ Aynı husus AİHM tarafından verilen ihlal kararları bakımından da geçerlidir.¹¹⁹⁵ Almanya'nın nüfusunun fazlalığı da dikkate alındığında bireysel başvurunun özgürlükler lehine ne kadar başarılı bir şekilde işlediği anlaşılabacaktır.¹¹⁹⁶ Benzer şekilde ülkemiz aleyhine AİHM'ne yapılan başvuruların da bireysel başvuru yolunun hukuk sistemimize dahil edilerek 2012 yılı Eylül ayından itibaren işlemeye başlamasıyla azalmaya başladığı görülmektedir.¹¹⁹⁷

Ülkemiz açısından düşünüldüğünde bireysel başvuru yolunun hukuk düzenimizde yer alması, ülkemizden AİHM önüne gidecek bireysel başvuruların sayısını azaltacağı gibi ulusal sınırlar içinde meydana gelen bir ihlalin yine bu sınırlar içinde ve devletin imkânları ile çözüme kavuşturulmasını sağlayarak anayasal devleti hayata geçirecektir. Gerçekten de AİHM'nin önündeki dava sayısının günden güne işin içinden çıkılmaz bir şekilde artmasının engellenmesi için Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 19 Şubat 2010 yılında yayımlanan 'Interlaken Bildirisi'nde Mahkemenin yargı yetkisini kabul etmiş ülkelerde özgürlük ihlallerine ilişkin etkili özel ya da genel iç hukuk-başvuru yolları ihdas edilmesinin önemi vurgulanmıştır. Bildiride adı geçen özel başvuru yollarının en önemlisinin bireysel başvuru yolu olması gerekir.¹¹⁹⁸

Ülkeden ülkeye çeşitli açılardan farklılıklar görülmekteyse de birçok devlet,¹¹⁹⁹ kamusal yetkiye, başka bir ifadeyle kamu gücüne dayanan eylem ve işlemlerle temel hak ve özgürlükleri ihlal edilen bireylere belli tüketici şartlar yerine geldikten sonra doğrudan doğruya Anayasa Mahkemelerine başvurarak hukuksal

¹¹⁹⁴ Örneğin 2013 yılında Almanya aleyhine 502; İngiltere aleyhine 2519. başvuru yapılmıştır. Bkz. European Court Of Human Rights, Analysis of Statistics 2013, January 2014, s. 30, 60.

¹¹⁹⁵ Örneğin 2013 yılında Almanya aleyhine (3); İngiltere aleyhine (8) ihlal kararı verilmiştir. Bkz. European Court Of Human Rights, Analysis of Statistics 2013, January 2014, s. 30, 60.

¹¹⁹⁶ Almanya'nın nüfusu 30.09.2012 verilerine göre 80.493.000. iken İngiltere'nin 27.03.2011 verilerine göre 63.181.775'tir. Bkz.

http://tr.wikipedia.org/wiki/N%C3%BCfuslar%C4%B1na_g%C3%B6re_%C3%BClkeler_listesi. e.t: 28.07.2014.

¹¹⁹⁷ Ülkemiz aleyhine yapılan başvuru sayısı 2011 yılında 15.490; 2012 yılında 16.576 olup artış yaşanmasına rağmen bireysel başvuru yolunun işlemeye başlamasıyla 2013 yılında 10.931 başvuru ile bir önceki yıla göre yaklaşık %35.23'lük bir azalma gerçekleşmiştir. Bkz. European Court Of Human Rights, Analysis of Statistics 2013, January 2014, s. 58.

¹¹⁹⁸ Bildirinin Türkçe çevirisi için bkz. <http://www.aihmiz.org.tr/?q=tr/content/interlaken-bildirgesi>. e.t: 28.07.2014.

¹¹⁹⁹ Almanya, Avusturya, Macaristan, Polonya, İsviçre, Belçika ve Rusya bazı örnek ülkeler olarak verilebilir.

koruma talep etme imkânı tanıyarak deyim yerindeyse özgürlükleri tabana yaymak istemiştir.

Kıta Avrupası ve Latin Amerika hukuk sistemleri içinde yer alan pek çok ülkenin kabul ettiği bireysel başvuru kurumu, Anglo-Amerikan Hukuku'nda teknik anlamda bulunmasa da bireysel başvuruya benzer kanun yolları bu sisteme dahil ülkelerde de bulunmaktadır.¹²⁰⁰ Türkiye'de 12 Eylül 2010 tarihinde kabul edilen Anayasa değişiklikleri ile Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu hukuk sistemine dahil edilmiştir. 1982 Anayasasının, Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini düzenleyen 148. maddesi bireysel başvuru yolu ile ilgili olarak aşağıdaki düzenlemeyi öngörmüştür:

“MADDE 148- (Değişik: 12/9/2010-5982/18 md.) Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar..,

...

(Ek fıkra: 12/9/2010-5982/18 md.) Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır. (Ek fıkra: 12/9/2010-5982/18 md.) Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz. (Ek fıkra: 12/9/2010-5982/18 md.) Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir...”

30.03.2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 75. maddesinin 1. fıkrasıyla, 10.11.1983 tarihli ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır. 6216 sayılı Kanun dördüncü bölümü sadece bireysel başvuruya ayrılmış, Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak bireysel başvuru hakkına ilişkin esas ve usuller ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. Hemen belirtmelidir ki bireysel başvuru da, 6216 sayılı Kanunun inceleme ve yargılama

¹²⁰⁰ Aydın, 2011, s. 123.

usulleri başlıklı dördüncü kısmında yer alan iptal davası ve itiraz yolu gibi diğer bir ‘dava’ türünü oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin ‘iptal davası’, ‘itiraz yolu’, ‘siyasi parti kapatma’, ‘yasama dokunulmazlığının kaldırılmasının iptali’, ‘milletvekilliğinin düşmesine ilişkin kararın iptali’ ve ‘yüce divan yargılaması’ olarak bilinen klasik yargı denetimine, temel hak ve özgürlüklere ilişkin ihlal iddialarının denetimi de dahil olmuştur.

Hukuk sistemlerinde bireysel başvuru kurumuna yer veren ülkeler arasında bulunan Almanya’daki uygulama, bütün yasama, yürütme ve yargı işlemlerine karşı yapılabilmesi nedeniyle en kapsamlı ve başarılı bireysel başvuru yolu olarak öne çıkmaktadır.¹²⁰¹ AAM’nin bireysel başvuru üzerine vermiş olduğu kararların çoğu toplumun tamamını ilgilendiren temel sorunlara ilişkin olup başvurular, AAM’ye açılan davalar içinde % 96’lık bir oranı teşkil etmektedir. Almanya’da toplumsal ve siyasal alanda ortaya çıkan tartışmalı konuların neredeyse tamamına yakın bir kısmı söz konusu yöntemle AAM’ye taşınarak karara bağlanmıştır. Mahkeme’nin kürtaj, vicdani red, ortam dinleme, kamu okullarında türban takılması, yüksek öğretime giriş sistemi, sigara yasağı, Avrupa Birliği tutuklama emri, işçilerin yönetime katılması, asgari geçim standardı, eşcinsel evlilik gibi temel hak ve özgürlükleri ilgilendiren konularda vermiş olduğu kararlar buna örnek olarak verilebilir.¹²⁰²

Bireysel başvuru kısaca, temel hak ve özgürlükleri kamu gücü tarafından ihlal edilen bireylerin başvurabileceği bir dava türü ancak ikincil ve yardımcı nitelikte olağanüstü bir hukuki çare olarak tanımlanabilir.¹²⁰³ Bireysel başvuru, kamusal yetkiye dayanan eylem ve işlemlerle özgürlükleri ihlal edilen bireylerin sorunu çözüme kavuşturmakla görevli genel mahkemelerin de bu konuda başarısız olmasıyla mevcut ihlal iddiasının ulusal sınırlar içinde çözümü için son bir çaredir.

Anayasa Mahkemelerinin bu konudaki yetkisi, ikincil ve nihai bir yetkidir. Temel hak ve özgürlüklerin kamu gücü tarafından ihlal edilmesi durumunda başvuru için öncelikle bütün kanun yolları tüketilmiş olmalıdır.¹²⁰⁴ Temel hak ve özgürlüklerin korunması ve ihlallerin önlenmesi öncelikli olarak yasama, yürütme ve

¹²⁰¹ Kılınç, 2008, s. 21.

¹²⁰² Mellinghof, 2009, s. 32.

¹²⁰³ Baamonde, 2009, s. 104; PACZOLAY, Peter, “Anayasa Şikayeti: Bir Karma Çözüm mü?”, AYD, Sy.26, 2009, s. 313; Aydın, 2011, s. 125.

¹²⁰⁴ Baaomende, 2009, s. 104; Paczolay, 2009, s. 313.

genel mahkemelerin görevidir. Hak ihlallerine ilişkin iddialar genel hukuk düzeni içinde anayasa mahkemesine gelmeden çözüme kavuşturulmalıdır. Ancak olağan kanun yollarında yapılan denetime rağmen, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiası başvuranı tatmin eder şekilde çözülememiş ise bu aşamadan sonra anayasa mahkemesi önüne getirilmesi kabul edilebilir.¹²⁰⁵ Doktrinde söz konusu bu şartın ‘hukuk güvenliği ilkesi’ açısından son derece önemli olduğu belirtilmektedir. Buna göre, hukuk güvenliği, yalnızca şekli açıdan kesin hüküm niteliği kazanmış yargısal kararlara karşı bireysel başvuruda bulunabilmesini gerektirmektedir.¹²⁰⁶ Türk Hukuku’nda bu husus, Anayasa’da bireysel başvurunun ancak olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şartına bağlanmasıyla ifade edilmişken 6216 sayılı Kanun’da başvurunun ancak, idari ve yargısal başvuru yollarının hepsinin tüketilmiş olması şartıyla ifade edilmiştir. Kanun’da kanun yollarının niteliğiyle ilgili bir ibare olmamasına rağmen bunu olağan olarak düşünmek gerekmektedir. Aksine bir yorum anayasanın tanımış olduğu bir hakkın kanunla ortadan kaldırılması anlamına gelir ki bunu kabul etmek mümkün değildir. AYM’ye göre medeni ve idari yargıda düzenlenmiş olan ‘karar düzeltme yolu’nun tüketilmiş olması gerekmektedir.¹²⁰⁷

Hemen belirtmelidir ki, bazı istisnai hallerin varlığında olağan kanun yollarının tüketilmesi şartı aranmayabilir. Dava konusu genel bir önem taşıyor ve genel mahkemelerdeki yargısal sürecin anayasal hakka zarar vermesi kaçınılmaz ve bu zarar başvuran için ağır ve telafisi imkânsız nitelikte olacak ise istisnai bir tedbir olarak genel mahkemelere başvurulması beklenmeksizin, doğrudan anayasa yargısına başvurulabilir.¹²⁰⁸ AYM tarafından ‘anayasal haklara saygı ilkesi’ olarak belirtilen,¹²⁰⁹ başvuru yolunun etkisiz olması¹²¹⁰ ya da kanun yollarının

¹²⁰⁵ Kılınç, 2008, s. 25

¹²⁰⁶ KANADOĞLU, Korkut/ ODER Emrah, Bertil, “Anayasa Mahkemesi Twitter Kararı, Usul ve Esasa İlişkin Sorunlar II”, GHD, Sy.127, 2014, s. 50.

¹²⁰⁷ Örnek karar için bkz. Başvuru No:2013/1243, 16.04.2013. Kararın tam metni için bkz. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/1799531f-bc4f-4472-a70be12e757233b7?wordsOnly=False>. e.t: 28.07.2014.

¹²⁰⁸ Tunç, 1997, s. 43; Hassemer, 2004, s. 167.

¹²⁰⁹ Başvuru No:2013/1243, 16.04.2013.

¹²¹⁰ Başvuru No:2012/1137, 02.07.2013. Kararda AYM, herhangi bir başvuru yolunun mevzuatta düzenlenmiş olmasını tek başına yeterli görmemiş, bu yolun uygulamada etkili olduğunun ya da etkili olmadığının ispatlanmış olmasını aramıştır. Başvurucu bakımından makul bir başarı şansı tanınması gerektiğini belirterek uzun tutukluluk süreleri ile ilgili olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun (CMK) 141. maddesi uyarınca bir hukuka aykırılık tespit edilip tazminata hükmedilmesinin, kişinin bireysel başvuru incelemesinden önce serbest bırakılmasını sağlamaya yetmeyeceğini vurguladıktan sonra söz konusu yolu etkili görmeyerek doğrudan başvuru

tüketilmesinin beklenmesi halinde başvuru sahibinin hakları bakımından ciddi ve telafisi imkânsız bir tehlikenin ortaya çıkması durumlarında tüketme şartı aranmayacaktır.¹²¹¹

Diğer taraftan söz konusu yöntem, mevcut kanun yollarının devamı niteliğinde olmadığı gibi, anayasa altı hukuk düzeninin her türlü uygulama hatasının düzeltildiği bir olağanüstü temyiz yolu da değildir.¹²¹² Temyiz ve istinaf aşamalarında, ilk derece mahkemelerinin olayların ve delillerin değerlendirilmesini doğru yapıp yapmadıkları, kanun hükümlerinin hukuka uygun bir şekilde uygulanıp uygulanmadığı gibi hususlar denetlenmekteyken bireysel başvuruda anayasa mahkemesi, bu hususları değil; genel mahkemelerin olay ve delilleri değerlendirirken, kanunları uygularken temel hak ve özgürlükleri ihlal edip

yapılabileceğine hükmetmiştir.Bkz. 18.07.2013 tarihli ve 28711 sayılı RG. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KARAN, Ulaş, “*Bireysel Başvuru Usulünün İlk Dokuz Ayına Dair Kısa Bir Değerlendirme, Beklentilerin Neresindeyiz*”, İçinde: GHD, Sy.117, 2013, s. 25-28.

¹²¹¹Başvuru No:2013/1243, 16.04.2013. AYM’nin ölüm cezası alma olasılığı olan bireyin sınır dışı edilmesiyle ilgili vermiş olduğu söz konusu bu kararında konuyla ilgili ölçütünü, “*kişinin maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik ciddi ve kişiselleşmiş riskin kapsamlı dayanakları ile ortaya konması*” olarak belirlemiştir. Bu çerçevede AYM tarafından 2014 yılının Nisan ayında verilmiş olan ve kamuoyunda ‘Twitter’ kararı olarak bilinen karar hukuk ve siyaset dünyasında büyük bir tartışma yaratmıştır.(Başvuru No: 2014/3986, 02.04.2014. Bkz. 03.04.2014 tarihli ve 28961 sayılı RG.) AYM olağan başvuru yolları tüketilmeden kendisine yapılan müracaatı kabul etmiş ve ifade özgürlüğünün ihlal edilmiş olduğuna dair bir karar vermiştir. AYM, Ankara 15. İdare Mahkemesi tarafından konuyla ilgili olarak verilen 25.03.2014 tarihli yürütmeyi durdurma kararının gereklerinin TİB (Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı) tarafından yerine getirilerek Twitter’ın derhal erişime açılmamış olmasını, idari yargı başvurusunun etkili bir yol olmadığı şeklinde yorumlamış, yargısal sürecin tamamlanmasını beklemeksizin başvuruyu kabul etmiştir. Kanaatimizce, AYM 2577 sayılı İYUK’un 28. maddesinde belirtilen yürütmeyi durdurma kararlarının gereklerinin yerine getirilmesi için gerekli olan azami 30 günlük sürenin tamamlanmasını beklemeksizin yargı kararından sadece 8 gün sonra, idari yargı yolunun etkisiz olduğu kanaatine ulaşarak idari makamlar üzerinden bir tür niyet okumuştur. Oysaki hukuk devleti bir tür feodalite alışkanlığı olan niyet okuma yerine kaim olmuş bir değer ve yaklaşımlar bütününi teşkil etmektedir. AYM, bu yaklaşımıyla, bir hak ihlali iddiasının ilk derece mahkemesi tarafından çözüme kavuşturulması imkânını da ortadan kaldırmıştır. Doktrinde de söz konusu bu karar eleştirilmiştir. Buna göre, AYM’nin bu yaklaşımının hukuksal bir dayanağı yoktur ve usul kurallarının yargıç kararıyla kapsamlı bir şekilde genişletilmesinin bir örneğini teşkil etmektedir. Kanunda açık bir şekilde düzenlenmediği için, yargılama usulüne ilişkin özerklik ilkesiyle de açıklanamaz. Kanadoğlu/Oder II, 2014, s. 51; Ancak AYM, kamuoyunda ‘1 Mayıs’ kararı olarak bilinen kararında, başvuru sahibinin idari makamlara başvurup devamında idari yargıda dava açmamasını olağan kanun yollarının tüketilmemiş olması şeklinde değerlendirerek başvuruyu kabul etmemiştir. (Başvuru No: 2014/5559, 25.04.2014. Bkz. 30.04.2014 tarihli ve 28987 sayılı RG.) Kanaatimizce, kendisi tarafından kararlarında ‘anayasal haklara saygı ilkesi’ olarak ortaya konan ve tüketme şartının gerçekleşmesinin beklenmesi halinde başvurucunun hakları bakımından telafisi imkânsız bir tehlikenin ortaya çıkması hali somut olarak bu olayda gerçekleşmiştir. 1 Mayıs kutlamaları için Taksim meydanına izin verilmeyeceğinin gerek idari makamlar tarafından 22.04.2014 tarihinde kesin bir dille açıklanmış olması gerekse idari başvuru; idari yargı usulünde yargılama için düzenlenen süreler ile kutlamalar için geri kalan 8 günlük süre dikkate alındığında yargısal başvuru yolunun etkisiz olduğu çok açık iken AYM, idari ve yargısal başvuruyu işaret ederek kendi içtihadıyla çelişmiştir.

¹²¹²Hassemer, 2004, s. 164.

etmediklerini ve ihlal varsa bireysel başvuru dışında başka bir yolla giderilip giderilemeyeceğini denetlemektedir.¹²¹³ Bireysel başvuru, sadece spesifik anayasa hukukunun ihlalinin denetlenebileceği spesifik ve istisnai bir hukuk yoludur.¹²¹⁴ Bu husus AAM'nin bir kararında şöyle belirtilmiştir:” *Anayasa Mahkemesi'nin bir mahkemece verilmiş yanlış bir kararı salt taraflardan birinin temel hakkına dokunma olasılığı taşıdığı için bir temyiz merci gibi sınırsız hukuki denetimden geçirmesi, anayasa şikâyetinin anlamına ve Anayasa Mahkemesi'nin bu alandaki özel görevine uygun düşmez. Yöntemin belirlenmesi, maddi olgunun tespit ve değerlendirilmesi, sade yasaların yorumu ve bireysel olaya uygulanması, bunun için görevli ve yetkili kılınmış olan mahkemelerin işi olup, bu alanda Anayasa Mahkemesi'nin denetim yapması söz konusu değildir. Anayasa Mahkemesi sadece spesifik (özgül) anayasa hukukunun Mahkemelerce ihlal edilmesi halinde anayasa şikayeti üzerine müdahaleye hak kazanır.*”¹²¹⁵ Bir başka kararında ise bu hususu şöyle hüküm altına almıştır:”*Anayasa Mahkemesi, ancak uzman mahkemece yapılan yorumun temel hakların çizdiği çerçeveyi aşması halinde düzeltici müdahalede bulunabilir.*”¹²¹⁶

Bireysel başvuruya neden olan kamu gücü ibaresi (Öffentliche Gewalt), AAM'nin bir tanımı olup, en geniş anlamda yasama, yürütme ve yargı organlarının işlemlerini ifade etmektedir.¹²¹⁷ Tüm bireyler kendilerini zarara uğratan her türlü temel hak ihlalinin, buna neden olan kamu gücünü kullanan organ ya da kesim önemli olmaksızın, bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne getirme hakkına sahiptirler.¹²¹⁸ Türk Hukuku'nda Anayasa'da yasama, yürütme ve yargı işlemlerini kapsar şekilde ‘kamu gücü’¹²¹⁹ kavramına yer verilmiş olmasına rağmen 6216 sayılı Kanunun 45/3 maddesinde yer alan hüküm nedeniyle, yasama işlemleri ile

¹²¹³Kılınç, 2008, s. 25.

¹²¹⁴Hassemer, 2004, s. 164.

¹²¹⁵BVerfGE 1, 418.420; BVerfGE 18,85, 92'den aktaran: Sağlam, 2011, s. 23.

¹²¹⁶BVerfGE 65, 322' den aktaran: Sağlam, 2011, s. 23.

¹²¹⁷ Kılınç, 2008, s. 24.

¹²¹⁸ Hassemer, 2004, s. 164.

¹²¹⁹ Avusturya'da Anayasa'nın 144. maddesi uyarınca sadece idari işlemler aleyhine bireysel başvuru mümkün olmaktadır. Anayasa ile güvence altına alınmış bir hakkının idari bir işlemle veya kanuna aykırı bir düzenleyici işlemin uygulanmasıyla ihlal edildiğini düşünen kişilerin başvurusu Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmektedir. HOLZINGER, Gerhart, “Avusturya Anayasa Hukukunda Anayasa Şikayeti ve Bireysel Başvuru”, AYD, Sy.26, 2009, s. 61. Macaristan'da ise idari işlemlerle birlikte yargı organlarının kararlarıyla hakları ihlal edilen bireylere Anayasa Mahkemesine dava açma hakkı tanınmak suretiyle temel hakların etkili bir şekilde korunması sağlanmış olmaktadır. Paczolay, 2009, s. 314; AYM de benzer şekilde, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlükler ihlal edilmediği

düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapmanın mümkün olmadığı¹²²⁰ bu nedenle söz konusu hükmün, Anayasa'daki düzenlemenin kapsamını daraltmış olması nedeniyle Anayasa'ya aykırı olduğu belirtilmektedir. Buna göre,

sürece ya da başvuru yapılmasına neden olan mahkeme kararı açık bir keyfilik taşımadıkça, karardaki mevcut maddi ve hukuksal hataların bireysel başvuru değerlendirilmesinde dikkate alınamayacağını belirtmektedir. Mahkemeye göre, ilk derece mahkemeleri yukarıda belirtilen hususlara riayet ettikleri sürece ulaşacakları yargılama sonucu, tek başına bireysel başvuruya konu olamaz. (Başvuru No:2012/869,16.04.2013.Bkz.http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBulteni/nisan_haziran_2013.pdf, s.41. e.t: 29.07.2014.) şekilde korunması amaçlanmaktadır; İspanya'da ise 'Amparo' başvurusu olarak bilinen başvuru yönteminde, kamu gücünün işlemlerinden, ihmallerinden veya eylemlerinden kaynaklanan temel hak ihlallerine karşı Anayasa Mahkemesi'ne bireyler doğrudan başvuru yapabilmektedir. İspanya Anayasa Mahkemesi kararlarına göre, kamu gücünden anlaşılması gereken; devlet, özerk bölgeler ve diğer yerel, hizmetsel veya mesleki yerinden yönetim kuruluşlarıdır. Ayrıca bunların memurları ve diğer görevlileri de kamu gücü kavramına dahildir. Baaomende, 2009, s. 103; Hemen belirtilmelidir ki, kamu gücünün ihmali nedeniyle meydana gelen bir temel hak ihlalinin bireysel başvuruya konu olabilmesi ancak yasama, yürütme ve yargı organlarına bir işlemde ya da eylemde bulunma zorunluluğunun yüklenmiş olması halinde mümkündür. Bu tür bir yükümlülüğün var olması durumunda, Alman ve Güney Kore Anayasa Yargısı'nda kamu gücü ihmallerine karşı da bireysel başvuru yoluna gidilebilmektedir. Kılınç, 2008, s. 24; Benzer bir şekilde Türk Hukukunda da ihmal suretiyle hak ihlali durumunda bireysel başvuruya gitmek mümkündür. Bireysel başvuruya konu olabilmek bakımından, ihlale yol açan eylem ya da işlemin hukuken geçerli olması zorunlu değildir. Kamu gücü tarafından gerçekleştirilmiş olması yeterlidir. Bu, olağan bir sonuçtur örneğin işkence, kötü muamele vb. eylemlerin herhangi bir kanuna, yönetmeliğe veya yazılı bir emre dayanması mümkün değildir. Bu gibi "suç"ların doğrudan kamu görevlileri tarafından değil de onların bilgi ve talimatı ile özel kimseler tarafından işlenmeleri halinde de bireysel başvuru yapmak mümkündür. Aydın, 2011, s. 138.

¹²²⁰Nitekim AYM seçim barajının yüksek olması nedeniyle yapılan başvuruyu, başvurunun 2839 sayılı Milletvekili Seçim Kanunun 32. maddesinde yer alan baraj oranına karşı yapıldığı, yasama işlemlerine karşı doğrudan başvuru yapılamayacağı gerekçesiyle reddetmiştir. (Başvuru No: 2014/8842, 06.01.2015. Bkz. 05.03.2015 tarihli ve 29286 sayılı RG.) Ancak kanaatimizce, söz konusu başvuruya konu ihlal iddiasının, bireysel başvurunun bir dava, AYM'nin de davaya bakmakta olan bir mahkeme niteliğinde olması nedeniyle bireysel başvuru usulü ile değil de somut norm denetimi yoluyla anayasaya uygunluk bakımından değerlendirilmesi gerekirdi. İlk derece mahkemelerinin somut norm denetimi ile ilgili olarak sahip oldukları yetkinin AYM bakımından evleviyetle geçerli olacağı açıktır. Nitekim AYM, Refah Partisinin kapatılmasıyla ilgili davada, "*Anayasa Mahkemesi, siyasî parti kapatılması davasına bakan mahkeme sıfatıyla 8.1.1998 gününde, bakılmakta olan davada uygulanacak olan 22.4.1983 günlü, 2820 sayılı Siyasî Partiler Kanunu'nun, 3270 sayılı Yasa ile değişik 103. maddesinin ikinci fıkrasını, Anayasa'nın 69.maddesine aykırı gördüğünden, öncelikle bekletici sorun olarak bu konuda Anayasa'nın 152.maddesi ve 2949 sayılı Yasa'nın 28.maddesi uyarınca bir karar verilmek üzere davanın geri bırakılmasına Haşim KILIÇ'ın karşı oyu ve oyçokluğuyla karar vermiş; 9.1.1998 günlü, E:1998/2, K:1998/1sayılı kararı ile de, 2820 sayılı Siyasî Partiler Kanunu'nun 28.3.1986 günlü, 3270 sayılı Yasa ile değiştirilerek Anayasa'nın geçici 15.maddesi kapsamından çıkan 103.maddesinin ikinci fıkrasını iptal etmiştir.*" diyerek 2820 sayılı Siyasî Partiler Kanunun hükümlerini anayasaya uygunluk bakımından denetleyerek bazı maddeleri iptal etmiştir. (1997/1 E, 1998/1 K, 16.01.1998, AMKD, Sy.34, C.II, 1999, s. 1018.) Bu nedenlerle, AYM'nin genel kurulca incelenen bireysel başvurular üzerinden anayasaya uygunluk denetimi yapma yetkisi bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi İç Tüzüğünde yapılan ve 05.03.2014 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren değişiklik ile bölümler, genel kurulca karara bağlanması gereken konuları kurulun gündemine getirebileceklerdir. Bireysel başvuruyu inceleyen ilgili bölüm uyumsuzluğa uygulanacak olan kanunlar bakımından anayasaya aykırılık kanaatine ulaşırsa ya da bu konuda ileri sürülen iddiayı ciddi bulursa hem hak ihlali hem de aykırılık hususunu genel kurula sevk ederek anayasaya uygunluk denetimi yapılmasını sağlayacaktır. Aksi yönde görüş için bkz. İYİMAYA, Ahmet, "*Bireysel Başvuru İncelemesinde Anayasaya Uygunluk Denetimi Sorunu ve İnsan Hakları Mahkemesi Modeli*", TBBD, Sy.116, 2015, s. 426-443.

anayasa koyucu bireysel başvuruya konu ihlallerin kaynağı olabilecek organ ve kesimleri geniş bir çerçevede düzenleyip konuya ilişkin herhangi bir sınırlama getirmediği halde, kanun koyucu ihlal işlemlerinin sahiplerinde daraltma yoluna giderek Anayasa'ya aykırı bir düzenleme ihdas etmiştir. Bu haliyle bireysel başvuru sadece yargı kararlarına karşı başvuruya indirgenmiştir.¹²²¹

Kanaatimizce bu eleştiriye katılmak mümkün değildir. Şöyle ki; Anayasada yer alan düzenleme uyarınca bireysel başvuru yapabilmenin ön koşulu, ihlale neden olan kamusal yetkiye dayalı eylem ve işlemler aleyhine olağan kanun yollarının tüketilmesidir. Bunun içinde zarara uğrayan kişi tarafından söz konusu işlemlerin hukuka aykırı olduğu iddia edilerek yargısal başvuru konusu yapılması gerekmektedir. Böylelikle aynı zamanda yargının denetimi de sağlanmış olmaktadır. Dolayısıyla 6216 sayılı Kanunun 45/3 maddesinde yer alan hüküm Anayasa'nın 148. maddesinin açıklanmasından ibarettir ve Anayasaya aykırı değildir.

Diğer taraftan bireysel başvuru esas olarak kamu gücünden kaynaklanan hak ihlallerine karşı bir koruma sağlamakla birlikte bazı durumlarda özel kişilerden kaynaklanan ihlallere karşı da koruma sağlayabilir. Temel hakların yatay etkisi olarak da ifade edilebilecek olan bu tür durumlarda, kamu gücü özel kişilerden kaynaklanan bir zararı telafi etmekte başarısız ise, bu hak ihlali başvuruya konu olabilir. İspanya'da bu tür hak ihlalleri bireylerin amparo başvurusuna konu olmakta, özellikle de yargı kararlarına karşı çok sık yapılmaktadır. Bu şekilde özel kişilerden kaynaklandığı halde, Anayasa Mahkemesince telafi edilen hak ihlalleri, özellikle özel hayatın gizliliği, ifade özgürlüğü, bilgi edinme hakkı ve çalışma hayatı gibi konularda yoğunlaşmaktadır.¹²²² Hemen belirtilmelidir ki hak ihlali bireysel nitelikte olmalıdır. Aksi durumda bireysel başvuru, 'actiopopularis' olarak bilinen halk davasına dönüşür.¹²²³ Örneğin Macaristan'da, vatandaşlar belli bir kanuni düzenlemeyle herhangi bir bireysel hak ihlaline uğramasalar ya da düzenlemeyle bireysel menfaat ilişkisi içinde olmasalar dahi bunun Anayasa'ya aykırı olduğu

¹²²¹ ŞAHBAZ, İbrahim, “*Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Sorunlar*”, İçinde: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti/Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar), TBBY, Ankara 2011, s. 81.

¹²²² Baaomende, 2009, s. 103-104; Aksi yönde görüş için bkz. Esen Arnwine, 2003, s. 251-252.

¹²²³ Kılınç, 2008, s. 25.

iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvuru hakkına sahiptirler. Bu nitelikteki başvurular bir tür soyut norm denetimi ile sonuçlanmaktadır.¹²²⁴

Diğer taraftan kapsamı ülkeden ülkeye değişmekle birlikte, Türk Hukukunda Anayasa'da düzenlenmiş olan temel hak ve özgürlüklerden sadece AİHS'de güvence altına alınmış olanlar için başvuru yapılabilmektedir.¹²²⁵ Sözleşme'de güvence altına alınan haklar büyük oranda bireysel hak ve özgürlüklere ilişkin olup hukuk sistemimizde bireysel başvuru yolu, anayasal devletin başlangıçta varlık kazanmasına neden olan bireysel haklar üstelik bu hakların da bir kısmı bakımından mümkündür. Bu nedenle sosyal, ekonomik ve kültürel haklar için bireysel başvuru yoluna gidilemeyecektir. Kanaatimizce, öncesinde de belirtildiği üzere anayasal devletin hareket noktasını oluşturan; devletin, bireysel hak ve özgürlüklere keyfi bir şekilde müdahale etmesinin engellenmesi yoluyla sağlanacak doğal hak ve özgürlükler düzeni zamanla sosyal, ekonomik ve kültürel haklarla desteklenerek tamamlanmış; anayasal devletin dinamik yapıda olması gerektiği, artık sadece hak ve özgürlüklere müdahale etmeyen devlet şeklinde anlaşılamayacağı, hakların hayata

¹²²⁴ Paczolay, 2009, s. 313.

¹²²⁵ Bu husus, 1982 Anayasası'nın 148. maddesiyle ilgili değişikliğe ilişkin 05.04.2010 tarih ve 2/656 sayılı Kanun teklifinin gerekçesinde, hak ihlaline uğradığını iddia eden kişilerin AİHM'ne gitmeden tatmin edilmesiyle ülkemiz aleyhine açılacak dava ve ihlal sayısında azalma meydana geleceği şeklinde belirtilmiştir. <http://www.tbmm.gov.tr/d23/2/2-0656.pdf>, s. 13. e.t: 28.07.2014.; 30.04.2014 yılında yapılan Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı seçimine ilişkin hukuka aykırılık iddialarına karşı öncelikle Yüksek Seçim Kurulu'na (YSK) başvurulmuş, YSK'nın itirazı reddetmesi üzerine AYM'ye bireysel başvuruda bulunulmuştur. Yüksek Mahkeme, başvuru konusunun seçilme hakkına ilişkin olduğunu, Sözleşmede ise söz konusu hakkın ülkemizin de taraf olduğu Ek 1 nolu Protokolün 3. maddesinde düzenlendiğini, bunun yasama organlarının seçimi bakımından taraf devletlere sorumluluklar getirdiğini, kapsam ve güç bakımından yeterli yasama yetkisine sahip olmayan mahalli idare seçimlerinin yasama organı seçimi kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirterek söz konusu başvuruyu konu bakımından yetkisizlik gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur. Söz konusu kararda, AİHM'nin "yasama organı" ibaresinden sadece ulusal yasama organlarını anlamayıp federal devletlerin federe devletlerinin yasama organlarının da madde kapsamında gördüğü AYM tarafından belirtilmektedir. Kanaatimizce, AİHS hükümleri ve AİHM kararlarının özgürlükler bakımından asgari bir standart getirdiği unutulmamalıdır. Bu nedenle, AİHM'nin söz konusu ibare bakımından yapmış olduğu yorum AYM tarafından, devletlerin yasama organlarının seçimi ile ilgili hususlar bakımından sahip oldukları takdir yetkisinin federal devletlerin yasama organlarından daha alt düzeydeki yönetimlere ait yasama faaliyetleri için geçerli olacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Anayasal devletin hayata geçmesinde çok temel bir fonksiyonu yerine getiren Anayasa Mahkemesinin uluslararası korumanın sağladığı asgari düzeyin üzerinde bir korumayı hayata geçirmek amacıyla yerel yönetimlerin de kamusal nitelikteki yetkinin kullanıldığı, maddi anlamda kanun yapma yetkisine sahip birimler olduğunu dikkate alıp bu yetkiyi kimin kullanacağına dair seçim hususunun madde kapsamında olduğu sonucuna ulaşarak, başvurunun konu bakımından yetki kapsamında olduğuna hükmetmesi gerekirdi. Başvuru No: 2014/5425, 23.07.2014. Bkz. 09.09.2014 tarihli ve 29114 sayılı RG.

geçirilmesi için bir takım adımlar atması gerektiği düşüncesi ortaya çıkmıştır. Nitekim AİHM de, Sözleşmede düzenlenmeyen bir takım sosyal haklar konusunda kendisine yapılan başvuruları inceleyerek ihlal kararları vermektedir.¹²²⁶ Bütün bunlar bir arada değerlendirildiğinde Türk Hukukunda yer verilen bireysel başvuru yolunun kapsam itibarıyla anayasal devletin gereklerini yerine getirmek bakımından eksik bir düzenleme olduğu görülmektedir.

¹²²⁶ Örneğin ailenin korunmasına ilişkin AİHS herhangi bir hüküm içermemesine rağmen, AİHM bu konuda karar vermiştir. Airey/İrlanda, Başvuru No:6289/23, 09.10.1979. kararın Türkçe çevirisi için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=34>. e.t: 30.07.2014.

SONUÇ

Devlet iktidarının sınırlanması düşüncesi çok eski çağlara kadar gitmekle birlikte anayasal devlette sınırlama, tek amaç olmaktan çıkarak temel hak ve özgürlüklere hizmet eden, onları koruyup geliştiren bir güvenceye dönüşmüştür. Anayasal devlet bakımından önemli olan; anayasada, sınırlamanın özgürlükler yararına olmasını sağlayacak temel ilke ve kurumların somut bir şekilde belirlenmesi; devletin, söz konusu bu amacı sağlayacak nitelikte hukuk kuralları içeren, üstün bir bağlayıcı güce sahip anayasa ile çerçevelenmesidir.

Anayasal devlette devlet iktidarının sınırlama amacı bireysel hak ve özgürlükler alanını onlar lehine genişletmek olduğundan söz konusu kavramla asıl olarak belirtilmek istenen; soyut bir varlık olan devlet iktidarının sınırlandırılması olmayıp devlet adına yetki kullananların sınırlandırılmasıdır. Devlet iktidarının sınırlanmasına ilişkin olarak zaman içinde çeşitli ölçütler önerilip geliştirilmekle birlikte bunlar içerisinde en etkili olan; yazılı kurallardır. Aslında modern devleti karakterize eden en önemli özellik; iktidarın hukukla çerçevelenmiş olmasıdır. Hukukla çerçevelenmiş iktidar olgusunda yer alan hukuk kavramı burjuvazi tarafından, farklı bir konum ve nitelikte değerlendirilerek ‘anayasacılık’ olarak ifade edilmiştir. Başta kanun koyucu olmak üzere iktidar yetkisi kullanan herkesi bağlayan, uyulması zorunlu bir devlet hukukunun varlığı bizi ‘anayasal devlet’ kavramına ulaştırmaktadır.

Devlet iktidarının hukuksal bir çerçeve içine alınması aslında onun sınırlanması yanında kurumsal bir kimlik kazanmasını da sağlamıştır. Dolayısıyla anayasal devlet; kurumsal kimliği, içeriğini çağdaş ve evrensel değerlerin meydana getirdiği hukuk olan bir devlettir. Söz konusu bu kurumsal kimlik içinde üst kimliği anayasa, alt kimlikleri ise bu anayasaya uygun olarak ihdas edilmiş olan kanun ve diğer düzenleyici işlemler oluşturmaktadır.

Anayasal devlet, devlet iktidarının, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla evrensel değerlere yer veren çağdaş bir hukukla sınırlandırıldığı ve çeşitli devlet organları arasında bölüştürüldüğü devlet olmakla birlikte insanlık ailesinin ulaşmış olduğu medeniyet ve gelişmişlik seviyesine uygun bir şekilde insan haklarının tanınması ve korunması da anayasal devletin dayanması gereken diğer

esaslardan biridir. Dolayısıyla anayasal devlet, hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı, insan hakları gibi üç temel unsur üzerinde yükselmektedir.

Hukuk devleti, sınırları belli olmayan devlete karşı duyulan güvensizliğin bir diğer ifadesidir. Aydınlanma felsefesi ile ortaya çıkan bu yeni toplumsal düzende devlet ile toplum arasındaki sınır insan hakları üzerinden belirlenip çizilecektir. Devlet hukuk normları sistemine tabi kılınmıştır hatta bunlarla özdeş olarak da görülür; öyle ki, devlet norm ya da hukuksal usulün kurumsal hale gelmesidir. Başka bir ifadeyle modern devlet, bütün örgütlenme ve kamusal yetkiye dayalı faaliyetini hukuka atfen gerçekleştiren; kurumsal kimliğini hukuk üzerinden inşa eden bir devlet şeklidir. Hukuk, devlet iktidarının hem özünü hem de meşruluk kaynağını oluşturmaktadır. Böylelikle hukuk, tüm devlet faaliyetlerinin bir kesitini oluşturmaktadır. Bu nedenle hukuk devletinde, hukuk tarafından tanımlanıp düzenlenmemiş, bir devlet yetkisi ve faaliyeti söz konusu olamaz.

Tarihsel süreç içinde devlet iktidarını elde tutmak; mümkün olduğunca paylaşp sınırlamama ile devleti özgürlüklerin en büyük düşmanı olarak görüp onu ortadan kaldırma arayışlarından sonra devlet iktidarının sınırlanması ve böylelikle bireysel özgürlüklerin korunmaya çalışılması, kısaca ‘anayasacılık’ olarak formüle edilen düşünce, genel bir kabul olarak ortaya çıkmıştır. Bu yönüyle Anayasacılık devlet iktidarı ile özgürlükler arasındaki bir uzlaşma; anayasal devlette bu uzlaşının kurumsal hale gelmesidir. Devlet iktidarı ve bireysel özgürlükler bir arada var olacak ancak her ikisi de sınırlarını, içeriğini çağdaş ve evrensel hukukun oluşturduğu bir anayasanın çizdiği alanlar içinde yer alacaktır. Bunun içinde ilk olarak iktidarın özgürlükler lehine sınırlanması gerekmektedir. İşte bu esaslara dayanan anayasacılık düşüncesini hayata geçirmek için başvuru olan yöntemlerin ya da araçların başında da hukuk devleti ilkesi gelmektedir. Yine hukuk devleti, devletin hukuk ile bağlanması ve yönetimde keyfiliğin olmaması olarak da ifade edilir. Kısaca hukuk devleti; bireylerin hukuksal güvenlik içerisinde bulunduğu, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu, yargısal denetimin tam olarak gerçekleştiği, evrensel hukuk ilkelerinin gözetildiği bir sistemi ifade etmektedir.

Devletin kendinden hareketle ve kendi içinden sınırlanması esasına dayanan hukuk devleti düşüncesi; bireyin temel hak ve özgürlüklerine yönelik müdahalelere

yalnızca kanunlar temelinde veya en azından kanunların belirlemiş olduğu bir çerçevede izin verilmesi, devlet iktidarından kaynaklanan yetkiye dayanan faaliyetlerin öngörülebilir ve hesaplanabilir kılınması, devletin bütün eylem ve işlemlerinin bağımsız bir yargısal denetime tabi tutulması gibi temel ilkelerde somut bir görünüm kazanmaktadır. Bütün bunlar, devlet iktidarının sınırlanması için başvurulacak biçimsel önlemler olarak hukuk devletinin asgari ve vazgeçilmez içeriğini oluşturmakta ve devlet iktidarının denetlenip sınırlanması gibi özgürlükler açısından önemli bir aşamayı temsil etmekte bu nedenle de aynı önemi bugün için de korumaya devam etmektedir.

Meşruluğu sağlamak bakımından, devlet faaliyetlerinin bir kanuna dayanmasını yeterli gören düşünce, biçimsel hukuk devleti anlayışına vücut vermektedir. Başta anayasa ve yasalar olmak üzere mevcut hukuk kurallarına, devletin de dahil olduğu bütün hukuk sùjelerinin kayıtsız ve şartsız bir şekilde uyması meşruluğun dolayısıyla hukuk devletinin temelini teşkil etmektedir. Bir devletin hukuk devleti olarak nitelendirilebilmesi için anayasal devlet bakımından da çok önemli olan, özgürlük alanına yapılacak müdahalenin ancak ve ancak kanuna dayanması; kanunda öngörülen usul ve esaslara uygun olmasıdır.

Anayasal devletin temelini teşkil eden bireysel özgürlükler bakımından biçimsel hukuk devleti anlayışının getirmiş olduğu en temel güvence kanunun belirleyici olduğu bir çerçevede ortaya çıkan hukuksal güvenlik ilkesidir. Söz konusu ilkenin gerçekten bireysel özgürlükler bakımından bir anlam ifade edebilmesi için başta devlet-birey ilişkilerini düzenleyen kanunlar olmak üzere hukuk sisteminin bir parçası olan kanunların, genel, anlamları kesin ve açık, bireyler bakımından erişilebilir, istikrarlı ve imkânsız olmamaları gerekmektedir. Hukuk devletinin temelinde yer alan, yürütmenin ve idarenin kanuna tabi olması gereği ancak yargısal bir denetimin varlığıyla güvence altına alınıp işlerlik kazanabilir. Devletin, sınırsız, hiçbir denetime tabi olmayan büyük bir güç olmaktan çıkarak hukukun belirlediği sınırlar içinde faaliyetlerini sürdürebilmesi; hukukun fiilen devlet organlarını bağlayıp keyfiliklerin önlenmesi ancak yargısal bir denetimin varlığıyla mümkündür.

Hukuk devleti ‘herhangi bir hukukun devleti’ değildir; temelinde bir ‘değerler ve ilkeler’ bütünü yatan bir hukukun devletidir. Bu anlayışta, devlet iktidarının hukukla bağlanarak sınırlanması, sadece biçimsel-prosedürel güvence ve araçlarla olmamaktadır. Bu gücün, özgürlük ve insan onuruna dayanan bir temelde şekillenen içerikle de bağlanması gerekmektedir. Bu, hukuk devletinin ana unsurunu oluşturmaktadır. Öyle ki, hukuk devletinin bu anlayışına ‘temel hak ve özgürlükler’ adı da verilmektedir. Başka bir ifadeyle belirtmek gerekirse, hukuk devleti temel hak ve özgürlüklerle ile eş görülmekte, hukuk devletinin maddi bir içeriği bulunmaktadır. Biçimsel ve maddi hukuk devleti anlayışları, hukuk devleti düşüncesinin birbirini tamamlayan iki farklı boyutunu oluşturmaktadır. Bu yönüyle biri diğerine alternatif olmayıp birinin varlığı diğerinin ortadan kalkmasını gerektirmediği gibi aksine kuvvetlendirmektedir. Karşılıklı bir etkileşim söz konusudur. Maddi hukuk devleti; başta özgürlükler olmak üzere anayasal devletin özünü oluşturan bir değerler manzumesi, ulaşılması gereken amaçlar programı ve dinamik bir süreç iken biçimsel hukuk devleti, tüm bunları hayata geçirecek biçimsel nitelikteki garantilerden oluşmaktadır.

Anayasacılığın ve dolayısıyla da anayasal devletin temel unsurlarından biri kuvvetler ayrılığı ilkesidir. Başka bir ifadeyle, devlet iktidarını hukuksal bir çerçeve içine almak için başvurulacak hukuksal araçlardan biri de kuvvetler ayrılığıdır. Bu ilke, anayasacılık ve anayasal devlet kavramlarıyla o kadar çok özdeşleşmiştir ki Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinin 16. maddesinde, kuvvetler ayrılığının olmadığı bir yerde anayasadan dahi söz edilemeyeceği belirtilmiştir. Anayasacılık akımının ortaya çıktığı XVIII. yüzyıldan bu yana anayasanın fonksiyonel anlamı, onun devlet iktidarını sınırlayan bir araç olmasıdır. Anayasanın bu fonksiyonu yerine getirebilmesi için kuvvetler ayrılığına ilişkin ilke ve kurumlara yer vermesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, devlet iktidarının sınırlanmasını sağlayan biçimsel nitelikteki hukuksal araçların başında; devlet iktidarının, en üstün bağlayıcı güce sahip bir hukuk metni olan anayasa ile hukuksal bir çerçeve içine alınması ve bu anayasada devlet iktidarının, değişik organlar arasında paylaştırılmasını sağlayan düzenlemeler yani kuvvetler ayrılığı gelmektedir. Bu durumda her anayasa, özgürlüklere bakış açısına gören değişen ölçülerde devlet iktidarının üç tezahür şekli olan yasama, yürütme ve yargıyı farklı ellere verme yoluna gitmiştir. Anayasal

devletin anayasasında söz konusu ölçü; güç yoğunlaşmasının engellenerek bireysel özgürlüklerin korunup daha etkin hale getirilmesine imkân verecek ilke ve kurumların yer almasıdır.

Kuvvetler ayrılığı, sadece yasama ve yürütmenin aşırı yetkiler kazanarak bunu özgürlükler aleyhine kullanma ihtimaline karşı denetim-kelepçeleme amaçlı bir siyasal teori değil; aynı zamanda devletin bireylerle olan ilişkilerinde açıklık ve adalete dayanma ilkesidir. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin altında yatan bu adalet düşüncesi beraberinde, söz konusu ilkenin bugünkü anlamı olan yargı bağımsızlığını getirmektedir. Bu ilkenin, geçmişten günümüze değişmeksizin gelen bu nedenle de önem ve değerini koruyan bu yönü, yargı organının bir güç bloğuna dönüşmüş olan diğer iki organ karşısındaki bağımsızlığını sağlayan ilke ve kurumları ortaya koyarak temel hak ve özgürlükler bakımından çok önemli bir güvence unsurunu oluşturmaktadır. Yargı bağımsızlığı, ancak bir makam olarak mahkemelerin bağımsızlığının yargıç teminatı ile desteklenip kuvvetlendirilmesi ile ortaya çıkacak; temel hak ve özgürlüklerin korunmasına hizmet edip, anayasal devletin hayata geçirilmesini sağlayacaktır. Mahkemelerin bağımsızlığı ile yargıç teminatı birbirini destekleyen iki olgu olup biri diğerinin varlık nedenidir. Yargıç teminatı; yargıcın kariyerine yargısal faaliyetlerde bulunarak devam edeceğine dair öngörüsünün korunması ve bunun vermiş olduğu güvenle hareket etmesidir. Maaş artışı dondurulan, ülkenin her bölgesinde her an çalışma olasılığı bulunan bir yargıcın söz konusu güvenle hareket ederek yalnızca hukukun gerekleri doğrultusunda karar vermesi beklenilemez.

Anayasal devletin üzerinde yükselmiş olduğu temellerden birisi belki de en önemlisi insan haklarıdır. İnsan hakları pozitif hukuktan bağımsız olarak gelişip değişen dinamik bir süreci ifade etmektedir. Hatta parlamentolar başta olmak üzere karar organlarının yavaş çalışması, bazı devletlerin bir kısım hakları tanımak bakımından isteksiz davranması gibi nedenler başta olmak üzere çeşitli nedenlerden dolayı pozitif hukukça yakalanmaya çalışılmaktadır. Devlet insan haklarını tanıyıp onun kendi hukukunun bir parçası haline getirmekle bir bakıma hak ve özgürlüklere sahip çıktığını, konuyla ilgili ilk muhatap olduğunu ilan edip kendi kendisini bağlamış olmaktadır. Anayasacılığın en temel amacı olan kamusal nitelikteki yetkilerin kullanılmasına etkili sınırlar getirerek kontrolü sağlama çabasında, insan

hakları; temel referans noktasını oluşturmaktadır. Devlet-birey ilişkisi aslında bir bakıma haklar dengesi olup anayasal devlet, devlet ve insan haklarını bireysel hakların öncülüğünde çağdaş bir hukuksal çerçeve içerisinde dengeleyebilmiş olan devlettir.

İnsan haklarının bütünlüğü, bölünmezliği ve birbirlerini tamamlama ilkesi gereğince bireyin insan haklarından gereği gibi yararlanabilmesi oldukça hassas ve çok boyutlu bir denge üzerinde varlık kazanabilmektedir. İnsan haklarının tümüyle güvence altına alınmış sayılabilmesi için; bireyin meşru ve kanunlarda düzenlenmiş bir takım istisnaların dışında tüm bu haklardan aynı anda ve tam bir şekilde yararlanması gerekmektedir. İnsan haklarının, devlete yönelik bir özgürlük talebi olduğu bu nedenle de devletin, bireylerin üretmedikleri veya üretimine herhangi bir katkı yapmadıkları mal ve hizmetleri onlara karşılıksız sağlaması olmadığı gerçeği birlikte dikkate alındığında anayasal devlette insan hakları anlayışı; onun başlangıçta varlık kazanmasına neden olan bireysel hakların belirleyiciliğinde, bireysel ve diğer hakların bir baskı ortamının doğmasına neden olmayacak şekilde dengede olduğu bir sistem üzerinde varlığını devam ettirmesi gerektiği şeklinde olmalıdır.

Günümüzde devletin egemenliği teorik olarak varlığını devam ettirmekle birlikte hakların belirleyici bir konumda olduğu birçok hukuki ve fiili sınırlamaya uğramış; özellikle de anayasal devletin egemenliği; temel hakları özellikle de koruma amacı çerçevesinde eskiden sahip olduğu mutlak, bölünmez, devredilmez ve en üstün olma özelliğini kaybetmiştir. Feodal düzenden modern devlete geçiş sürecinde merkezi bir kavram olarak ortaya çıkmış olan söz konusu bu klasik egemenlik anlayışının, anayasal devletin üzerinde yükseldiği başta hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı ve insan hakları ilkeleri ile bağdaşır bir yönü bulunmamaktadır. Anayasal devlette her türlü iktidar odağı kanunlardan başka devletin üst kimliğini oluşturan anayasa ile bağlıdır. Bu çerçeveden düşünüldüğünde, anayasa bir çatı ve en üstün iktidar olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak anayasa yapan bir güç olarak kurucu iktidar bile mutlak ve sınırsız bir şekilde hareket etme yetkisine sahip olmayıp, başta hukukun genel ilkeleri olmak üzere insan hakları gibi evrensel değer ve normlara uyup bunları gözetmek zorundadır.

Devletler mutlak nitelikteki klasik egemenliklerini, İkinci Dünya savaşı öncesi yaşanan acı gelişmelerden sonra insan hakları temelinde, barışı ve güvenliği sağlamak üzere kurdukları uluslararası/ulusüstü örgütler aracılığıyla terk etmeye başlamışlar ve egemenliğin sınırlanması bir olgu olarak, Savaş sonrası insan haklarına dayanan demokratik düzenin, uluslararası hukuk yoluyla korunma girişimleri çerçevesinde ortaya çıkmıştır. Devletin ulusal sınırlar içinde sahip olduğu egemenliğinin hukuksal boyutunun belirtilen şekildeki dönüşümü aslında insan hakları anlayışında yaşanan dönüşümü ifade etmektedir ve bu süreç kısaca insan haklarının uluslararasılaşması şeklinde tanımlanabilir. Böylelikle devletin, özgürlükler üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunma yetkisi elinden alınarak egemeni olduğu topluluğu baskı altına alma imkânı sınırlanmıştır. Söz konusu bu süreci, anayasal devletin globalleşmesi olarak nitelemekte mümkündür. İnsan hakları söz konusu olduğunda anayasal devletin egemenlik yetkisinin kullanımı, göreceli bir nitelik kazanmakta; yetkinin referansını haklar oluşturmaktadır. Başka bir ifadeyle, egemenlik istisnai bir yetkiye dönüşmüş olmaktadır. Ancak bu durum, egemenlikten vazgeçilmesi anlamına gelmeyip devletin diğer eylem ve işlemleri bakımından varlığını devam ettirmektedir.

Anayasal bir devletin en başta gelen görevi, insan haklarını tanıyıp düzenlemektir. Anayasal devlet bakımından anayasal düzeyde tanıma esastır. İnsan haklarının kurucu iktidar tarafından bir hukuk normu haline getirilerek temel hak ve özgürlükler haline dönüştürülmesi; en başta insan haklarına '*yüksek dereceli normlar*' niteliği kazandırılmak suretiyle devletin yapısal ilkeleri arasında yer verilerek temel hak ve özgürlüklerin devletin davranışlarına yön veren bir değerler manzumesi konumuna getirilmiş olması sonucunu doğurur. Anayasal devletin temel hak ve özgürlükler düzeni açısından önemli olan, soyut bir kavram olan insan haklarının hayata geçirilme sürecinde hak ve özgürlüklerin sınırlanma neden, yöntem ve ölçütlerinin yasama kanunlarda değil, anayasalarda düzenlenmesidir.

Sadece kanun koyucunun ve yine sadece anayasada belirtilen nedenlere dayalı olarak herhangi bir özgürlüğü sınırlandırabilmesinin özgürlükler bakımından sağlamış olduğu kısmi güvencenin çeşitli ilkeler ile tamamlanarak her bakımdan güvenceli bir temel hak ve özgürlükler düzeninin oluşturulması gerekmektedir. Bu ilkelerin başında ölçülülük ilkesi gelmektedir. Anayasada öngörülmüş olan nedenlere

dayalı olarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilmesi için, sınırlandırma amacıyla sınırlama aracı arasında ölçülü bir ilişkinin varlığı, anayasal bir devlet açısından olmazsa olmaz nitelikte bir şarttır. Anayasa hukukunda, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından gündeme gelen ilke, sınırlandırmayla ulaşılmak istenen amaç ile sınırlanan hak arasındaki hukuksal ilişkinin haklı ve meşru olmasını sağlayarak anayasal devletlerde temel kural olan özgürlüğün asıl, sınırlamanın istisna olması düşüncesini hayata geçirmiş olmaktadır.

Alman ve Türk Anayasalarında yer almakta olan temel hak ve özgürlüklerin özü kavramı, anayasal devletlerin insan hakları düzeninde önemli bir ölçü ve güvence fonksiyonunu yerine getirmektedir. Öz güvencesi, herhangi bir hak üzerindeki takdir hakkının sınırını çizerek aşılması mümkün olmayan eşiği belirlemekte bu sayede devlet iktidarının belli sınırlar içinde kalmasına hizmet ederek anayasal devletin hayata geçmesine çok önemli bir katkı yapmaktadır. Ayrıca söz konusu ilke güvence fonksiyonunu sadece temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması hususunda değil, tüm kamusal işlemler bakımından yerine getirerek kamusal nitelikli takdir yetkisinin sınırlarını çizmektedir. Anayasal bir devletin varlığı her şeyden önce, temel hak ve özgürlüklerin ne ölçüde güvence altına alındığı ile ilgili bir husustur. Demokratik toplum düzeni gerekleri güvencesi, gerek uluslararası gerekse ulusal hukukta kabul edilmiş olan, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sınırını oluşturarak, bunların daha üst düzeyde güvence altına alınmasını sağlayan çok önemli bir ilkedir. AİHM ve AYM'ne göre demokratik toplum düzeni standartları, taraf devletlerin mevcut ulusal hukuk düzenlerine göre değil, demokrasinin evrensel ilke ve uygulamalarına göre belirlenerek evrensel bir standarda ulaşılmalıdır.

Anayasal devlet anlayışında nasıl ki olağan dönemlerde bir takım keyfiliklerin ortaya çıkması engelleniyorsa olağanüstü durumlar için de aynı yaklaşım söz konusu olmalıdır. Günümüzün hukuk devletini polis devletinden ayıran en temel özellik, koşullar önemli olmaksızın devletin tüm eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olması zorunluluğudur. Bu nedenle anayasal devletin temel hak ve özgürlükler düzeninde, olağanüstü hallerde de, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaların esas ve usulleri anayasalarda belirlenerek en üst düzeyde güvenceye kavuşturulmalı; özellikle de yürütmenin temel hak ve özgürlükler bakımından

kazanmış olduğu yetkiler başta Anayasa olmak üzere kanunlarda düzenlenmiş olmalıdır. Olağanüstü hal rejimleri öyle bir hukuksal çerçeve içinde olmalıdır ki, ulusal sınırlar içinde yer alan topluluğun gelecek ve güvenliği ile bu topluluğun üyesi olan bireylerin özgürlükleri, adil bir denge içinde birlikte var olmalı, anayasalar bunun hukuksal şartlarını oluşturmaktadır.

İnsan hakları, önce kuramsal düzeyde ortaya konmuş bunu normatif nitelik kazanıp çeşitli hukuksal belgelerde düzenlenerek devlet tarafından kendi egemenliği altında bulunanlar bakımından ulusal düzeyde koruma takip etmiştir. İnsan haklarının uluslararası alanda korunmaya başlaması dinamik bir süreci ifade eden insan hakları hukuku alanında üçüncü aşamayı oluşturmaktadır. Anayasa yargısının ortaya çıkışıyla birlikte etkin bir varlık kazanan hukuk devleti ve insan haklarının korunması konusunda var olan ‘Anayasaya Uygunluk’ ilkesine, ‘Uluslararası Hukuka Bağlılık’ ilkesi de eklenmiş, böylelikle insan haklarının korunmasında önemli bir aşama kaydedilmiştir. Her ne kadar insan haklarını devletlerin inisiyatifinden kurtararak onu ulusal-üstü bir koruma altına alıp bunlara ilişkin standartları belirlemek üzere bölgesel ve evrensel örgütler kurulmuşsa da insan haklarının asıl ve öncelikli olarak korunması, ulusal hukuk düzenlerinin görevidir. Anayasal devlet insan hakları doğrultusunda egemenliğinden bir takım tavizler vermişse de bu istisnai bir durum olup; kural, onun egemenlik yetkilerini kullanarak insan haklarına uluslararası standartların da üzerinde bir koruma sağlamasıdır. Anayasal devlet; ulusal ve uluslararası hukuk bütünselliğinde temel hak ve özgürlüklere tanınan korumada, ağırlıklı yeri işgal ederek böylelikle uluslararası korumayı oldukça istisnai bir hale getirmekle sorumlu olan devlettir.

İnsan haklarına yönelik ihlallerin giderek artan bir eğilim göstermesi klasik kurum ve sistemlerin dışında, yeni ve bağımsız bir takım kurumların oluşturulmasını gündeme getirmiştir. Bu kurumlar, ulusal insan hakları kurumu, insan hakları ulusal kurumu, bağımsız idari kurullar gibi üst başlıklar altında toplanmaktadırlar. Bu çalışmada ulusal insan hakları kurumu (UİHK) terimi tercih edilmiştir. UİHK, resmi kuruluşlar ve sivil toplum örgütlerinin yanında, uluslararası insan hakları standartlarının ulusal hukuk sistemine dahil edilmesi sürecinde aktif olarak yer alan; insan haklarının korunmasında yeni bir bakış açısı getiren kendine özgü kuruluşlardır.

Devlet organizasyonu içinde yer alan ve kamusal yetki kullanan çeşitli düzeydeki otoritelerin, sınırlı iktidarı hayata geçirecek en temel hukuksal araç olan anayasaya riayet etmesini sağlayan 'Anayasa Yargısı'nın meşruluğunun en büyük temellerinden birisi, onun temel hak ve özgürlüklere saygıyı hayata geçirmek konusunda yerine getirmiş olduğu fonksiyondur. Deyim yerindeyse, anayasa yargıcısı, insan hakları üst başlığıyla ortaya çıkan değerlerin koruması durumundadır. Anayasa mahkemelerinin kurulmasıyla devlet iktidarı karşısında temel hak ve özgürlüklerin egemenliği güvence altına alınmış olmakta; anayasal devlette, devlet iktidarı ile özgürlükler arasında var olması gereken denge yargısal usullerle en üst düzeyde sağlanmış olmaktadır. Böylelikle tek başına herhangi bir birey dahi kamusal işleyişin belirleyicisi konumuna yükselmiş olmaktadır. Bu çerçevede, gerek insan haklarıyla ilgili anayasa hükümlerinin norm alanlarının belirlenmesinde gerekse hak sahipliğinin tespitinde özgürlükler ve bireyler lehine karar vererek bunları geliştirip-genişletmek şeklinde ortaya çıkacak olan bir aktivizm anayasal devlette yer alması gereken anayasa yargısına ilişkin bir yaklaşım tarzıdır. Günümüzde kamu hukuku, 'bireylerin devlete karşı hakları' biçiminde şekillenmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin kazanmış olduğu söz konusu bu anlam ve önem, onların nasıl yorumlanması gerektiği sorusunu da beraberinde getirmektedir. Anayasal bir devlette, temel hak ve özgürlüklere ilişkin özellikle de anayasal normların başta anayasa mahkemeleri olmak üzere özgürlükçü bir bakış açısıyla; klasik yorum yöntemlerinin sınırlılıklarını aşar bir şekilde yorumlanması gerekmektedir.

Son yıllarda gerek tüm dünyada gerekse ülkemizde hukuk ve siyaset gündemini işgal eden bireysel başvuru yolunun kullanılması bu kuruma yer veren ülkelerin hukuk sistemlerinde genel olarak olağan kanun yollarının tüketilmesi şartına bağlanmıştır. Bu ise kamusal yetki kullanılmak suretiyle özgürlükleri ihlal eden eylem ve işlemlerin yargısal başvuruya konu edilerek yargısal sürecin kesinleşmesini zorunlu kılmaktadır. Bu yönüyle değerlendirildiğinde, her ne kadar bireysel başvuruda inceleme konusu yapılan temel hak ve özgürlükleri ihlal eden eylem ve işlemler ise de nihai olarak bu işlemlerin hukuka uygunluğu konusunda son sözü söyleyen mahkeme kararları da anayasa yargısı tarafından denetlenmiş olmaktadır. Dolayısıyla anayasa yargısı, bireysel başvuru yoluyla sadece yasama organı denetleyen bir mekanizma olmaktan çıkarak yargı organının denetlenmesini

de gerçekleştirmekte böylelikle özgürlüklerin kamusal yetki kullanan her organ, kesim veya kişiye karşi korunmasını sağlayarak koruma kalkanının etki alanı genişletmekte; anayasal devletin temel hak ve özgürlükler düzeninde çok önemli fonksiyonları yerine getirmektedir. Ayrıca anayasa yargısına başvuruda geleneksel yol olan somut ve soyut norm denetiminin sadece kanunlar bakımından mümkün olduğu, anayasada belirtilen sınırlı sayıda kişi ya da kurumun inisiyatifinde olduğu düşünüldüğünde söz konusu yolun önemi daha iyi anlaşılmaktadır. şöyle ki, bireysel başvuru yoluyla hem kamusal yetkiye dayanan her türlü hak ihlalinin yargısal denetimi sağlanarak hem de olağan hukuk yolları tüketildikten sonra devreye girmesi için sadece ihlale uğrayan kişinin iradesinin varlığının yeterli olduğu bir yol olarak yargısal korumanın alanını hem konu hem de bundan yararlananlar bakımından genişleterek anayasal devletin inşasına büyük bir katkı yapmaktadır.

KAYNAKÇA

ABADAN Yavuz, Amme Hukuku ve Devlet Nazariyeleri, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1952

AÇIK Coşkun, Ulusal İnsan Hakları Kurumları ve Türkiye Örneğine Eleştirel Bir Bakış, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2011

ADAOĞLU Soykan Hacer, “Küreselleşme ve Egemenlik Kavramının Değişmesine Yol Açan Etmenler”, İÜHFM, C.LXVI, Sy.1, 2008, s. 3-22.

AGAMBEN Giorgio, Kutsal İnsan, Egemen İktidar ve Çıplak Hayat, Çev.: İsmail Türkmen, Ayrıntı Yayınları , İstanbul 2001

AĞAOĞULLARI Mehmet Ali, “Halk ya da Ulus Egemenliğinin Kuramsal Temelleri Üzerine Birkaç Düşünce”, AÜSBFD, C.XLI, No:1-4, 1986, s. 131-152.

AKAD Mehmet/DİNÇKOL VURAL Bihterin, Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul 2009

AKAL Bali Cemal, ‘Bir Devlet Kuramı İçin Giriş’, İçinde: Devlet Kuramı, Der.: Cemal Bali Akal, Dost Kitapevi Yayınları,2. Baskı, Ankara 2005, s. 13-32.

AKAL Cemal Bali, Varolma Direnci ve Özerklik Bir Hak Kuramı İçin Spinoza'yla, Dost Kitapevi Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2010

AKAL Cemal Bali, "Hukuku Devletle Tanımlamanın 'Çaresiz Pozitivizm'i", GHD, Sy.87, 2011, s. 12-15.

AKAL Cemal Bali, İktidarın Üç Yüzü, Dost Kitapevi Yayınları, 7. Baskı, Ankara 2014

AKAL Cemal Bali, "Hukukun Kaynağı", GHD, Sy.139, 2015, s. 28-30.

AKBULUT İlhan, “İnsan Hakları”, İHİD, No:719,1991, s.1-21.

AKGÜL Mehmet Emin, “Yargısal Bağımsızlık: Amerika Birleşik Devletleri Örneği”, MÜHAD, C.14, Sy.3, 2008, s. 113-146.

AKGÜL Mehmet Emin, “Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Dönüşümü ve Günümüz Demokratik Rejimlerindeki Anlamı” , ABD, Yıl:68, Sy. 2010/4, s. 79-101.

AKILLIOĞLU Tekin, İnsan Hakları Kavram Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, İmaj Yayınevi, Ankara 2010

AKILLIOĞLU, Tekin, “*Temel Hakların Durdurulması*”, İçinde: Bahri SAVCI’YA Armağan, MBVY, Ankara 1988, s. 54-68.

AKILLIOĞLU Tekin, “*Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukukta Yeri ve Değeri*”, İçinde: Tarık Zafer Tunaya’ya Armağan, İstanbul Barosu Yayını, 1992, s. 47-52.

AKIN İlhan, Kamu Hukuku, İÜHFY, 2. Baskı, İstanbul 1979

AKINCI Müslüm, “*Normatif Düzen Kalitesi*”, İÖÜHFD, C.III, Sy.1, 2012, s. 187-213.

AKİPEK İlhan, “*Kuvvetler Ayrılığı Nazariyesinin Doğmasında Amil Olan Fikirler*“, AÜHFD, C.IX, Sy.1-2, 1950, s. 167-182.

AKSOY RETORNAZ E. Eylem, “*Belçika’da Adalet Yüksek Kurulu*”, İçinde: 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 151-154.

AKTAŞ Sururi, “*Pozitivist Hukuk Kavramı Üzerine Eleştirisel Bir Refleksiyon*”, AÜEHFD, C.IV, Sy.1-2, 2000, s. 257-274.

ALGAN Bülent, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007

ALGAN Bülent, “*Değişen Egemenlik Anlayışı ve Küreselleşme Bağlamında İnsan Hakları*”, KHHD, Sy.27-28, 2006, s. 65-99.

ALGAN Bülent/ TİRYAKİ Refik, “*Uluslararası Hukuk Açısından Uluslararası Organizasyonlar ve İnsan Haklarının Korunması: Birleşmiş Milletler Örneği*”, Avrasya Dosyası, Birleşmiş Milletler Özel Sayısı, C.8, Sy.1, 2002, s. 92-127.

ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, “*Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu*”, AYD, Sy.1, 1984, s. 101-137.

ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, “*Türk Anayasa Mahkemesi’nin Hukuk Devleti Anlayışı*”, HFSA/3, 1995, s. 70-86.

ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, “*Anayasal Yargıda Yorum*”, AİD, C.28, Sy.4, 1995, s. 3- 26.

ALTIPARMAK Kerem, “*Due Process of Law Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme*”, AÜHFD, C.45, Sy.1-4, 1996, s. 219-250.

ALTIPARMAK Kerem, “*Türkiye’de İnsan Haklarında Kurumsallaş(ama)ma*”, İçinde: Bürokrasi ve İnsan Hakları, TBBY, Ankara 2007, s. 54-111.

ANAYURT Ömer, “*İnsan Haklarının Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına İlişkin Sınıflamaların Değerlendirilmesi*”, İçinde: Türkiye’de İnsan Hakları, Ed.:Oya Çiftçi, TODAİ Yayınları, Ankara 2000, s. 47-58.

ARİSTOTELES Politika, Çev.: Mete Tunçay, Remzi Kitapevi, İstanbul 1975

ARNWİNEİ ESEN, Selin, “*İspanya’da Bireysel Başvuru Yolu*”, AÜHFD, C.52, Sy.4, 2003, s. 249-271.

ARSLAN Süleyman, “*İngiltere’de Ombudsman Müessesesi*”, AİD, Sy.19/1, s. 157-172.

ARSLAN Zühtü, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında ‘Demokratik Toplum’*”, İçinde: Türkiye’de İnsan Hakları, Ed.:Oya Çiftçi, TODAİ Yayınları, Ankara 2000, s. 191-200.

ARSLAN Zühtü,” *Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa’nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler*, AYD, Sy.19, 2002, s. 139-155.

ARSLAN Zühtü, “*Anayasa Mahkemesinin Yorum Tekeli, Yargısal Üstünlük ve Demokrasi*”, İçinde: Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, C.II, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2008 (a), s. 59-90.

ARSLAN Zühtü, “*Anayasacılık*”, İçinde: Anayasa Teorisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008 (b), s. 21-33.

ARSLAN Zühtü, “*Postmodern Söylem ve İnsan Hakları*”, İçinde: Anayasa Teorisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008 (c), s. 95-111.

ARSLAN Zühtü, “*Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlükler Sarkacı*”, İçinde: Anayasa Teorisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008 (d), s. 55-67.

ASLAN Betül, “Güncel Sorunlar ve Hukuk Devleti”, KHHD, Sy.61-62, s. 93-107.

ATAR Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yayınevi, 5. Baskı, Konya 2002

ATAR Yavuz, “Ulusal ve Uluslararası Düzeyde İnsan Haklarının Korunması Mekanizması”, YTD, Sy.22, 1998, s. 1290-1300.

ATAY Ender Ethem, “Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki”, GÜHFD, C.XII, Sy.1-2, 2008, s. 503-549.

ATAY Ender Ethem, “Anayasa Yargısı Kıta Avrupa Modeli”, İçinde: Prof. Dr. Ali Naim İNAN’a Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 1077-1108.

ATALAY Esra, “Yargısal Temel Haklar”, İçinde: Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu’na Armağan, DEÜHFY, İzmir 1997, s. 437-454.

AYDIN Fatih, İnsan Haklarını Korunması ve Geliştirilmesiyle Görevli Ulusal Kurumlar, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2010

AYDIN Öykü Diğdem, “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru”, GÜHFD, C.XV, Sy.4, 2011, s. 121-170.

AZARKAN Ezeli, “Uluslararası Ceza Mahkemelerinde Savaş Suçları”, HAD, Yıl:1, Sy.1, 2004, s. 53-76.

AZRAK Ali Ülkü, “Türkiye’de İdari Yargının Bağımsızlığı”, AYD, Sy.25, 2008, s. 213-225.

BALTA Tahsin Bekir, “Türkiye’de Anayasa Yargısı”, AÜHFD, C.18, Sy.1-4, 1961, s. 547-565.

BALTA Tahsin Bekir/KUBALI Hüseyin Nail, “Türkiye’de Hukuk Devleti Anlayışı”, AÜSBFD, C.XV, No:3, 1960, s. 1-10.

BARIN Taylan, TÜRKİYE’NİN YENİ ANAYASA ARAYIŞI: 2011-2013 TBMM ANAYASA UZLAŞMA KOMİSYONU TECRÜBESİ, AK Parti, CHP, MHP ve BDP’nin Anayasa Önerileri ile 1982 Anayasası ve Anayasa Uzlaşma Komisyonu Taslağının Karşılaştırılması, XII Levha Yayınları, İstanbul 2014

BAYSAL Mustafa, “*Bulgaristan’da Yargı Bağımsızlığı ve Türkiye’deki Durum Üzerine Bazı Düşünceler*”, AÜEHFD, C.XI, Sy.3-4, 2007, s. 105-130.

BAAMONDE Maria Emilia Casas, “*Ampora Başvurusu*”, AYD, Sy.26, 2009, s. 101-110.

BECO Gauthierde, “*Avrupa’da Ulusal İnsan Hakları Kurumları*”, <http://www.ihop.org.tr/dosya/uihk/avrupa.pdf>

BELGE Murat, “*AB ve Globalleşme Sürecinde Egemenliğin Dönüşümü ve Ulusal Egemenliğin Dönüşümü*”, AYD, Sy.20, 2003, s. 37-44.

BEYME Klaus von, “*Alman Anayasa Mahkemesi-Yeni Demokrasiler için Bir Model mi?*”, Çev.: Ali Ersoy Kontacı, İçinde: Demokrasi ve Yargı, Ed: Ozan Ergül, TBBY, Ankara 2005, s. 71-77.

BIÇAK Vahit, “*Uluslararası İnsan Hakları Normlarının Yorum Organı Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Kararlarının Türk Hukukunun Gelişimine Katkısı*”, AYD, Sy.17, 2000, s. 87-114.

BİELEFELDT Heiner, “*Demokratik Hukuk Devletinde Özgürlük ve Güvenlik*”, Çev.: Yüksel Metin, İçinde: Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Adres yayınları, Ed:Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/Adnan Küçük, Ankara 2008, s. 271-294.

BİX H.Brian, “*Doğal Hukuk : Modern Gelenek*”, Çev.:Ertuğrul Uzun, DÜHFD, C.6, Sy.2, 2004, s. 291-343.

BOBBİO Norberto, “*Kelsen ve Hukukun Kaynakları*”, Çev.: Bige Açımız, İçinde: Devlet Kuramı, Der.: Cemal Bali Akal, Dost Kitapevi Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 459-472.

BODİN Jean, “*Devlet Üstüne Altı Kitap’tan Seçme Parçalar*”, Çev: M. Tunçay, Batıda Siyasi Düşünceler Tarihi, Seçilmiş Yazılar II, Yeni Çağ, Der.: Mete Tunçay, AÜSBF Yayınları, Ankara 1969, s. 80-114.

BONNARD Roger, “*Tabii Hukuk ve Pozitif Hukuk*”, Çev.: Mehmet Ali Aybar, HFSA, 15. Kitap, 2006, s. 24-40.

BRAUD Philippe, “*Devlet:Hukuki Öğretinin İkilemleri*”, Çev.:Gülçin Balamir Coşkun, İçinde: Devlet Kuramı, Der.: Cemal Bali Akal, Dost Kitapevi Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 359-378.

BRENNER Michael, “*Devletin Görevleri*”, Çev.: Atilla Erkal, İçinde: Anayasa Teorisi, Lale Yayıncılık, Ed.:Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter, Çev.Ed.: İlyas Doğan, Ankara 2014, s. 855-900.

BREYNER C. Gary, “*Constitutionalism and the Politics of Rights*”, İçinde: Constitutionalism and Rights, Ed.: Gary C. Bryner/ Noel B Revnolds, 1996, s. 1-28.

BULUT Nihat, Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, XII Levha Yayınları, İstanbul 2009

CAN Osman, “*Üçüncü Kişilerden Kaynaklanan Temel Hak İhlallerinin Anayasaya Aykırılığının Tespitinde ‘Neminem Laedere’ İlkesi*”, HFSA, 8.Kitap, 2002, s. 96-112.

CANİKLİOĞLU Meltem, “*Çağdaş Demokrasi ve Çağdaş Devlet Üzerine Düşünceler*”, İçinde: Prof. Dr. Seyfullah EDİS’e Armağan, DEÜHFY, İzmir 2000, s. 93-116.

CANİKLİOĞLU DİKMEN Meltem, “*Anlamı, Kapsamı ve Sınırlarıyla Temel Haklar ve Anayasalarımız*”, İçinde: Mahmut Tevfik BİRSEL’ e Armağan, DEÜHFY, İzmir 2001, s. 461-494.

CANİKLİOĞLU DİKMEN Meltem, Anayasal Devlette Meşruiyet, Yetkin Yayınları, Ankara 2010

CANİKLİOĞLU Dikmen Meltem, “*Hukuk Devletinde Siyasal İktidar ve Yargının Karşılıklı Konumu-İlişkileri*”, DÜHFD, C.10, Sy.1, 2008, s. 9-58.

CENTEL Nur, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Mahkemelerin Bağımsızlığı ile Tarafsızlığı ve Türk Hukuku*”, İçinde: Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul 1998, s. 47-57.

CORNİLS Matthias, “*Güçler Ayrılığı*”, Çev.:Ahmet M.Güneş, İçinde: Anayasa Teorisi, Lale Yayıncılık, Ed.:Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter, Çev.Ed.: İlyas Doğan, Ankara 2014, s. 669-712.

ÇAĞLAR Bakır, “*Anayasa’nın Hukuku ve Anayasa’nın Yargıcının Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler*”, AYD, Sy.8, 1991, s. 13-62.

ÇAĞLAR Bakır, “*Hukukla Kavranan Demokrasi yada Anayasal Demokrasi*”, AYD, Sy.10, 1993, s. 233-276.

ÇAĞLAYAN Ramazan, “*Yargıçların Siyasal Tarafsızlığı: Yargıçlar Hükümeti Üzerine*”, İçinde: Prof.Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C.II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 1769-1804.

ÇAM Esat, *Siyaset Bilimine Giriş*, İstanbul Üniversitesi Yayımı, İstanbul 1977

ÇELİK Cemil, *Olağanüstü Hal ve Temel Hak ve Hürriyetler*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010

ÇEÇEN Anıl, *İnsan Hakları*, Gündoğan Yayınları, İkinci Baskı, Ankara 1989

ÇEÇEN Anıl, “*Hukuk Devleti ve Yönetim*”, İçinde: Prof.Dr. Bülent N. Esen’e Armağan, AÜHFY, Ankara 1977, s. 111-136.

ÇEÇEN Anıl, “*Devlet ve İnsan Hakları*”, TBBD, Sy.1989/6, 1989, s. 826-845.

ÇELİK Burak, *Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu: Yapısal Açından Karşılaştırmalı Bir İnceleme*, XII Levha Yayınları, İstanbul 2012

ÇELİK YAY Hakan Sabri, “*Uhusal İnsan Hakları Kurumları ve Türkiye*”, İçinde: Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları, Der.:Selda Çağlar, Beta Yayınları, İstanbul 2010, s. 447-508.

CHEVALLIER Jacques, *Hukuk Devleti*, Çev.: Ertuğrul Cenk Gürcan, İmaj Yayınları, Ankara 2010

COŞKUN Vahap, “*İnsan Hakları Kapsamı Üzerine Tartışmalar ve Liberal Perspektif*”, İçinde: Prof. Dr. Ergun ÖNEN’e Armağan, MÜHFY, İstanbul 2003, s. 577-628.

ÇOKAY Zuhale, İstanbul Barosu Ve Yeditepe Üniversitesi tarafından düzenlenen Yargı Bağımsızlığı Ve Adil Yargılanma Hakkı Sempozyumunda sunmuş olduğu tebliğ, İçinde: YÜHFD, C.II, Sy.2, 2005, s. 453-452.

CROZAT Ch, Amme Hukuku Dersleri, Devlet Teorisinin Tarihi, Birinci Kitap, Kısım I, Çev.: Orhan Arsal, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1938

ÇOLAKER Mustafa, Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Uluslararası Andlaşmaların İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, Adalet Yayınevi, Ankara 2010

DAVER Bülent, “*Fevkalade Haller ve Ferdi Hürriyetler*”, AÜSBFD, C.VII, Sy.1-4, 1952, s. 168-194.

DEMİRAĞ Fahrettin, “*Hukuk Devleti Adil Yargılanma Hakkı Ve Askeri Yargı*”, TBBD, Sy.59, 2006, s. 116-197.

DERDİMAN R. Cengiz, Anayasa Hukukun Genel Esasları ve Türk Anayasa Düzeni, Alfa Yayınları, 2006

DEPENHEUER Otto, “*Anayasanın İşlevleri*”, Çev.: Mısra Tan, İçinde: Anayasa Teorisi, Lale Yayıncılık, Ed.: Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter, Çev.Ed.: İlyas Doğan, Ankara 2014, s. 549-582.

DICEY V Albert, “*Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamalar*”, Çev.: Ali Rıza Çoban, İçinde: Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Adres Yayınları, Ed:Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/Adnan Küçük, Ankara 2008, s. 25-40.

DOEHRİNG Karl, Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku), Çev.:Ahmet Mumcu, İnkılap Kitapevi Yayınları 2.Baskı, İstanbul 2001

DOĞRU Osman/Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar, C.II, Legal Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2012

DONNELLY Jack, Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, Çev.:Mustafa Erdoğan/Levent Korkut, Yetkin Yayınevi, Ankara 1995

DOUZİNAS Costas, “*İnsancılığın Bin Bir Yüzü*”, Çev.:Rabia Sağlam/Kasım Akbaş, İçinde: Hukuk, Adalet ve İnsan Hakları, NotaBene Yayınları, Ed: Rabia Sağlam/Kasım Akbaş, Ankara 2015 (a), s. 27-76.

DOUZİNAS Costas, “*İnsan Hakları ve Postmodern Ütopya*”, Çev.:Kasım Akbaş, İçinde: Hukuk, Adalet ve İnsan Hakları, NotaBene Yayınları, Ed: Rabia Sağlam/Kasım Akbaş, Ankara 2015 (b) s. 73-100

DÖNER Ayhan, İnsan Haklarının Uluslararası Sistemde Korunması ve Avrupa Sistemi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003

DWORKİN Ronald, “*Siyasi Yargıçlar ve Hukuk Devleti*”, Çev.: Kerem Altıparmak, İçinde: Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Adres yayınları, Ed:Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/Adnan Küçük, Ankara 2008, s. 295-324.

DURSUN Selman, “*Adil Yargılama Nedir? Yasal Standartlar Ve Uygulamaya Yönelik Temel Rehber*”, İçinde: Adil Yargılanma Hakkı Ve Ceza Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 359-392.

DURSUN Hasan, “*Erkler Ayrılığı ve Yargıç Bağımsızlığı*”, TBBD, Sy.80, 2009, s. 29-104.

DURSUN Hasan, “*Türkiye’de Ombudsmanlığın(Kamusalılığın) Etkin Olarak İşleyebilme Yetkisi Yoktur*”, TBBD, Sy.95, 2011, s. 377-418.

DUVERGER Maurice, Batı’nın İki Yüzü, Çev: Cem Eroğul/Fazıl Sağlam, Doğan Yayınevi, Ankara 1977

ELKİN L. Stephen, “*Constitutionalism: Old and New*”, İçinde: A New Constitutionalism, Design Political Institutions for a Good Society, Ed.: Stephen L. Elkin/Karol Edward Soltan, The University of Chicago Press, Chicago-London, 1993, s. 21-30

ERDEM Fazıl Hüsnü, “*Amerikan Siyasal Sisteminin Temel Özellikleri*”, İçinde: Prof.Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan, İstanbul 1997, s. 149-173.

ERDEM Fazıl Hüsnü, “*1982 Anayasasında İnsan Hakları ve Hukuk Devleti: Eleştirel Bir Bakış*”, YTD, Sy.21, 1998, s. 624-644.

ERDEM Fazıl Hüsnü, “*1982 Anayasasının Serüveni*”, HFSA, 15. Kitap, 2006, s. 129- 172.

ERDOĞAN Mustafa, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, Orion Yayınları, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2011

ERDOĞAN Mustafa, Özgürlük Adalet ve Refah, Siyasal Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 1998

ERDOĞAN Mustafa, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi Yayınları, 7. Baskı, Ankara 2005 (a)

ERDOĞAN Mustafa, Anayasa Hukuku, Orion Kitapevi Yayınları, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 2005(b)

ERDOĞAN Mustafa, “*Hikmet-i Hükümetten Hukuk Devletine Yol Var mı?*”, DBD, Yıl:4, Sy.13, 2000-2001, s. 45-58.

ERDOĞAN Mustafa, “*Başörtüsü, İnsan Hakları ve Teamüller*”, İçinde: Anayasa ve Özgürlük, Der.: Mustafa Erdoğan, Yetkin Yayınevi, Ankara 2002 (a), s. 111-126.

ERDOĞAN Mustafa, “*Türkiye’nin Anayasa Sorunu*”, İçinde: Anayasa ve Özgürlük, Der.: Mustafa Erdoğan, Yetkin Yayınları, Ankara 2002 (b), s. 29-40.

ERDOĞAN Mustafa, “*Anayasa Mahkemeleri Önemli midir? Orta Avrupa’da Anayasa Yargısı ve Demokrasinin Pekişmesi*”, AÜHFD, C.54, Sy.3, 2005 (c), s. 1-22.

ERDOĞAN Mustafa, “*Egemenliğin Dünü Bugünü*”, HAD, Yıl:2, Sy.6-7, 2005 (d), s. 217-224.

ERDOĞAN Mustafa, “*Demokrasi, Anayasa Yargısı ve Türkiye Örneği*”, İTÜSBD, Sy.20, 2011, s. 27-45.

EROĞUL Cem, “*Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına ve Anayasa Yargısına Etkileri*”, AYD, Sy.20, s. 196-213.

EREN Abdurrahman, Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri, Beta Yayınevi, İstanbul 2004

EREN Abdurrahman, Türkiye’de İnsan Haklarının Korunması Uluslararası Koruma Mekanizmaları ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü, Turhan Kitapevi, Ankara 2007 EREN Hayrettin, “*Ombudsman Kurumu*”, AÜEHFD, C.IV, Sy.1-2, 2000, s. 79-96.

ERGÜL Ozan, Yeni Kuramsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi, Yayınlanmış Doktora Tezi, Adalet Yayınevi, Ankara 2007 (a)

ERGÜL Ozan, “*Aynı Olaya İlişkin Meclis Araştırması İle Adli Soruşturmanın Bağdaşmazlığı Üzerine*”, TBBD, Sy.69, 2007 (b), s. 125-150.

ERGÜL Ozan, “*Berraklaştırılamayan Bir Kavram: ‘Yargısal Aktivizm’*”, TBBD, Sy.104, 2013, s. 37-54.

ERHÜRMAN Tufan, “*İnsan Haklarını Koruma Mekanizması Olarak Ombudsman Kurumu*”, İçinde: Türkiye’de İnsan Hakları, Ed.:Oya Çiftçi, TODAİ Yayınları, Ankara 2000, s. 339-350.

EROL Mesut, “*Kanada’da Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakim Teminatı*”, TBBD, Sy.86, 2009, s. 313-338.

ESEN Bülent Nuri, *Anayasa Hukuku Genel Esaslar*, Ankara 1970

ESEN Bülent Nuri, *Anayasanın Anayasa Mahkemesince Yorumlanması*, AÜHFY, Ankara 1972

EVİK Vesile Sonay, “*Ceza Ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı*”, İçinde: Adil Yargılanma Hakkı Ve Ceza Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 283-308.

FENDOĞLU H.Tahsin, “*2001 Anayasa Değişiklikleri Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması(AY.md.13)*”, AYD, Sy.19, 2002, s. 111-149.

FRANÇOİS Flaus Jean, “*Devletlerin Egemenliği ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi(AİHS)*”, GÜHFD, C.1,Sy.1, 1997, s. 135-164.

FRIEDRICH Carl.J, *Sınırlı Devlet*, Çev: Mehmet Turhan, Gündoğan Yayınları, Ankara 1999

FROWEIN, A Jochen, “*İnsan Haklarının Çağdaş Yorumu*” AYD, Sy.9, 1992, s. 111-115.

GALTUNG Johan, *Bir Başka Açıdan İnsan Hakları*, Çev.: Müge Sözen, Metis Yayınları, İstanbul 1999

GEMALMAZ Mehmet Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Beta Yayınevi, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş, İstanbul 2003

GIERKE Otto, "*Orta Çağ'da siyasi kuramlar:Devlet ve hukuk*", Çev.: Olgun Akbulut/Emre Zeybekoğlu, İçinde: Devlet Kuramı, Der.: Cemal Bali Akal, Dost Kitapevi Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 129-140.

GİRİTLİ İsmet/ SARMAŞIK Jale, Anayasa Hukuku Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2001

GÖÇER Mahmut, Uluslararası Hukuk ve İnsan Haklarının Uluslararası Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002

GÖKÇE Ali Fuat, “*Çağdaş Kamu Yönetiminde Kamu Denetçiliği(Ombudsmanlık) ve Türkiye İçin Askeri Ombudsmanlık Önerisi*” Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.17, Sy.2, 2012, s. 203-227.

GÖKPINAR Mahmut, Adil Yargılanma Hakkının Asgari Gerekleri Karşısında Türk Kamu Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2008

GÖLCÜKLÜ Feyyaz, ”*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlüğü Ve Güvenliği*”, AÜSBFD, C.49, No:3, 1994, s. 199-218.

GÖLCÜKLÜ Feyyaz, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında ‘Demokratik Toplum’ Ölçütü*”, İçinde: Prof.Dr. A. Şeref GÖZÜBÜYÜK’e Armağan, Ankara 2005, s. 111-122.

GÖLCÜKLÜ Feyyaz/GÖZÜBÜYÜK Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 4.Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2003

GÖLÖNÜ Sirel, “*Ombudsman ve Yönetimde Halkla İlişkilerin Gelişmesine Etkisi*”, Sayıştay Dergisi, Sy.27, 1997, s. 3-14.

GÖNENÇ Levent, “*Siyaset Bilimi ve Anayasalar*”, AÜSBFD, Sy.54-3, 1999, s. 95-131.

GÖNENÇ Levent, “*Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyeti*”, AÜHFD, C.50, Sy.1, 2001, s. 131-152.

GÖNENÇ Levent, “*Siyasal İktidar Kavramı Bağlamında Anayasa Çalışmaları İçin Bir Kavramsal Çerçeve Önerisi*”, AÜHFD, C.56, Sy.1, 2007, s. 145-168.

GÖNENÇ Levent, “*Ortaçağ Avrupası’nda Anayasacılığın Düşünsel ve Kurumsal Temelleri*”, İçinde: Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, C.II, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 267-292.

GÖNENÇ Levent/KONTACI Ersoy, “*Yaşayan Anayasa 2001 ve 2004 Anayasa Gelişmeleri*”, TBBD, Sy.61, 2005, s. 107-240.

GÖREN Zafer, Bireysel Başvuru-Türk Anayasa Yargısında, Yetkin Yayınları, Ankara 2013

GÖREN Zafer, Anayasa Hukukuna Giriş, DÜHFY, İzmir 1997 (a)

GÖREN Zafer, Anayasa ve Sorumluluk, DEÜHFY, Ankara 1992

GÖREN Zafer, Temel Hak Genel Teorisi, DEÜHFY, 4. Baskı, İzmir 2000 (a)

GÖREN Zafer, Anayasa Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006

GÖREN Zafer, “*Anayasa Yargısı ve Yasama, Türk ve Alman Hukukunda Anayasa Mahkemesi ve Parlamentonun Karşılıklı Etkileşimi*”, AYD, Sy.13, 1996, s. 81-145.

GÖREN Zafer, “*Sosyal Devlet İlkesi ve Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Kalitesi*”, AYD, Sy.14, 1997 (b), s. 89-153.

GÖREN Zafer, “*Sosyal Devlet*”, İçinde: Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayımı, İzmir 2000 (b), s. 1-50.

GÖREN Zafer, “*Türk ve Alman Hukukunda Anayasa Yargısının Sınırları ve Yürürlüğü Durdurma Kararları*”, AYD, Sy.12, 1995, s. 199-243.

GÖZE Ayferi, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, Beta Yayınevi, Yenilenmiş 11. Baskı, İstanbul 2007

GÖZLER Kemal, Anayasa Hukukuna Giriş, Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitapevi Yayınları, 10.Baskı, Bursa 2007

GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, Ekin Yayınevi, Güncelleştirilmiş ve Düzeltilmiş 2. Baskı, C.I, , Ekin Yayınevi, Bursa 2009 (I)

GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, Ekin Yayınevi, Güncelleştirilmiş ve Düzeltilmiş 2. Baskı, C. II, Ekin Yayınevi, Bursa 2009 (II)

GÖZLER Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C.II, Ekin Yayınevi, Bursa 2011 (C.II)

GÖZLER Kemal, “*Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu*”, AÜSBFD, Sy.61/3, 2006, s. 131-166.

GÖZLER Kemal, “*Türk Hukukunda Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?*”, AÜSBFD, C.55, Sy.3, 2000, s. 81-101.

GÖZLER Kemal, Anayasa Hukukunun Metodolojisi, Ekin Kitapevi Yayınları, 2. Baskı, Bursa 1999

GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, Anayasa Hukuku, Turhan Kitapevi Yayınları, 9. Baskı, Ankara 2000

GÖZÜBÜYÜK Şeref/ TAN Turgut, İdare Hukuku, Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, C.I, Ankara 1998

GÖZLÜGÖL Said Vakkas, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve İç Hukukumuz Etkisi, 2.Baskı, Ankara 2002

GÖZLÜGÖL Vakkas, “*Avrupa Kamu Düzeninin Bir Parçası Olarak Çoğulcu Demokrasinin Temel Gereklere*”, HÜHFD, Sy.3, 2013, s. 61-74.

GRZESZICK Bernd, “*Yazılı Olmayan Anayasa Hukuku*”, Çev.: Can Ünver, İçinde: Anayasa Teorisi, Lale Yayıncılık, Ed.:Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter, Çev.Ed.: İlyas Doğan, Ankara 2014, s. 429-462.

GROPPI Tania, “*İtalya’da Sosyal Haklar*”, Çev.: Oya Boyar, İçinde: Anayasal Sosyal Haklar, Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal Yayınevi, İstanbul 2012, s. 203-212.

GRABENWARTER Christoph, “*Yargılama Güvenceleri-Adil Yargılanma Hakkı*”, İçinde: Adil Yargılanma Hakkı Ve Ceza Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 181-244.

GRABENWARTER Cristoph, "*Hukuk Düzeni Hiyerarşisinde Anayasa Yargısı*", Çev.: Hilal Kafkas, İçinde: Anayasa Teorisi, Lale Yayıncılık, Ed.:Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter, Çev.Ed.: İlyas Doğan, Ankara 2014, s. 403-428.

GRUBER Annie, "*Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ve Sosyal Haklar*", Çev.: Erdem Özdemir, İçinde: Anayasal Sosyal Haklar, Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal Yayınevi, İstanbul 2012, s. 239-256.

GUNTER Klaus, "*Human Rights and Political Culture*", İçinde: The EU and Human Rights, Ed.:Philip Alston, Oxford University Press, Oxford 1999, s. 120-132.

GÜL Cengiz, İktidarın Sınırlanması ve Hukuk Devleti, Adalet Yayınevi, Ankara 2010

GÜL Cengiz/KARAGÖZ Kasım, "*Çağdaş Siyasal Rejimlerde Etkin Yürütme Olgusu*", GÜHFD, C.VI, Sy.1-2, 2007, s. 711-752.

GÜLMEZ Mesut, "*İnsan Haklarının Uluslararası Korunmasında Sözleşme-Dışı Sistemler ve Türkiye*", İçinde: Türkiye’de İnsan Hakları, Ed.:Oya Çiftçi, TODAİ Yayınları, Ankara 2000, 159-190.

GÜLMEZ Mesut, Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması, TBBY, Ankara 2004

GÜLSOY Mehmet Tevfik, Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu, Yetkin Yayınları, Ankara 2007

GÜMÜŞ Ali Tarık, "*Avrupa Birliği’nde İnsan Haklarının Korunması*", SÜHFD, C.12, Sy.3-4, 2004, s. 161-182.

GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, Yenilenmiş 5. Baskı, Ankara 2002

GÜRAN Sait, "*Anayasa’nın Kuvvetle Ayrılığı İlkesine ve Yönetim Yargı İlişkilerine Bakış Açısında Değişiklik*", AYD, Sy.11, 1994, s. 191-200.

GÜRİZ Adnan, Hukuk Felsefesi, Siyasal Kitapevi Yayınları, 5. Baskı, Ankara 1999

GÜVEYİ Ümit, “*Anayasa Yargısı ve Demokrasi İlişkisi*”, GÜHFD, C.XVI, Sy.3, 2012, s. 137-162.

HAKYEMEZ Yusuf Şevki, Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009

HAKYEMEZ Yusuf Şevki, “*Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Ölçülülük İlkesi*”, İçinde:Prof.Dr. Hayri DOMANIÇ’E 80. Yaş Günü Armağanı, C.II, Özel Hukukun Diğer Dalları ve Kamu Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2001, s. 1287-1330.

HAKYEMEZ Yusuf Şevki, “*Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları(Özgürlükler)*”, AÜSBFD, Sy.52/2, 2002, s. 17-40.

HAKYEMEZ Yusuf Şevki, “*Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışı, Rousseau ve Türk Anayasaları Üzerindeki Etkisi*”, AÜHFD, C.52, Sy.4, 2003, s. 69-92.

HAKYEMEZ Yusuf Şevki, “*Anayasa Mahkemelerinin İşlevi Bağlamında Günümüzde Ortaya Çıkan İki Sorun: Yerindelik Tartışmaları ve Ulusalüstü Örgüte Üye Devletlerdeki Anayasa Yargısının Konu Bakımından Sınırlanması*”, AYD, Sy.24, 2007, s. 525-568.

HASSEMER Winfried, “*Anayasa Şikayeti ve Buna İlişkin Sorunlar (Almanya’da Temel Hak Şikayeti Hakkında Rapor)*”, AYD, Sy.21, 2004, s. 1-13.

HAYEK Friedrich A.von, “*Siyasal Bir İdeal Olarak Hukuk Devleti*”, Çev.: Sevdâ Gültekin Göktolga/Alî Rıza Çoban, İçinde: Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Adres Yayınları, Ed:Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/Adnan Küçük, Ankara 2008, s. 41-118.

HAZIR Hayati, Anayasa Hukuku, Alter Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2004

HAZIR Hayati, “*Olağanüstü Hal Rejimlerinin Hukuki Niteliği ve Pozitif Hukuk Düzeni Üzerindeki Etkisi*”, SÜHFD, C.I,Sy.1, 1998, s. 29-41.

HERDEGEN Matthias, “*Anayasal Düzenin Uluslararasılaşması*”, Çev.: Gökhan Güneysu, İçinde: Anayasa Teorisi, Lale Yayıncılık, Ed.: Otto

Depenheuer/Christoph Grabenwarter, Cev.Ed.: İlyas Doğan, Ankara 2014, s. 287-305.

HERZOG Roman, “*Alman Federal Anayasa Mahkemesi Raporu*”, Çev.: Ümit Özdağ, İçinde: Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, VII.Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, C.3, Ankara 1990, s. 16-20.

HILLGRUBER Christian, “*Anayasanın Yorumlanması*”, Çev.: Yüksel Metin, İçinde: Anayasa Teorisi, Lale Yayıncılık, Ed.:Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter, Çev.Ed.: İlyas Doğan, Ankara 2014, s. 519-548.

HOBBS Thomas, Leviathan, Çev.: Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları, 6. Baskı, İstanbul 2007

HOLZINGER Gerhart, “*Avusturya Anayasa Hukukunda Anayasa Şikayeti ve Bireysel Başvuru*”, AYD, Sy.26, 2009, s. 61-79.

HOMSON David, Siyasi Düşünce Tarihi, Metropol Yayınları, İstanbul 2006

HOWARD A.E Dick, “*The Essence of Constitutionalism*”, içinde: Constitutionalism and Human Rights: America, Poland, and France, Ed.: Kenneth W Thompson/Rett R. Ludwikowski, University Press of America, London 1991, s. 18-30.

İŞIKTAÇ Yasemin, Hukuk Normunun Mantıksal Analiz Ve Uygulaması, Filiz Kitabevi, 2. Baskı, İstanbul 2004

İNCEOĞLU Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu Ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak Ve İlkeler, Beta Yayınları, İkinci Baskı, İstanbul 2005 (a)

İNCEOĞLU Sibel, “*HSYK Kararlarının Gizliliği Üzerine Bir Not*”, HPD, Sy.5, 2005 (b), s. 17-19.

İNCEOĞLU Sibel, “*Türkiye: AB’nin Yetkileri Karşısında Nasıl Bir Egemenlik Anlayışı*”, AYD, Sy.22, 2005(c), s. 231-251.

İNCEOĞLU Sibel, “*Karşılaştırmalı Hukuk Yaklaşımıyla Yargıca Yönelik Disiplin Süreçlerinin Yargı Bağımsızlığına Etkisi*”, TBBD, Sy.77, 2007, s. 55-74.

İNCEOĞLU Sibel, “Yeni Anayasada Bağımsız Bir Yargı İçin Neler Yapmalı? Uluslararası Belgeler Işığında Öneriler”, TBBD, Sy.95, 2011, s. 235-268.

İPEK Aydın, “Ulus Egemenliği ve Halk Egemenliği Karşılaştırması ve Yeni Anayasa İçin Halk Egemenliği Önerisi”, DÜSBD, Sy.20, 2008, s. 211-236.

İYİMAYA Ahmet, “Bireysel Başvuru İncelemesinde Anayasaya Uygunluk Denetimi Sorunu ve İnsan Hakları Mahkemesi Modeli”, TBBD, Sy.116, 2015, s. 417-448.

JESTAED Matthias, "Disiplin Olarak Anayasa Teorisi", Çev.: Hilal Kafkas, İçinde: Anayasa Teorisi, Lale Yayıncılık, Ed.:Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter, Çev.Ed.: İlyas Doğan, Ankara 2014, s. 21-66.

KABOĞLU Ö.İbrahim, Kolektif Özgürlükler, DÜHFY, Diyarbakır 1989

KABOĞLU Ö. İbrahim, Anayasa Yargısı, İmge Kitabevi, 1. Baskı, Ankara 1994

KABOĞLU İbrahim Özden, Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar, Legal Kitapevi, 6.Baskı, 2010

KABOĞLU Ö.İbrahim, “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı”, AYD, Sy.8, 1991, s. 291-322.

KABOĞLU Ö. İbrahim, “2001 Anayasa Değişiklikleri: Ulusal-Üstü Etkiden Ulusal Tepkiye”, AYD, Sy.19, 2002, s. 105-118.

KABOĞLU İbrahim Ö, “Türkiye’nin Anayasal Düzeni Açısından Hukuk Devleti İlkesi”, İçinde: Özgürlükler Düzeni olarak ANAYASA, Fazıl Sağlam’a 65. Yaş Armağanı, İmaj Yayınevi, İstanbul 2006 , s. 287-303.

KALABALIK Halil, İnsan Hakları Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009

KALABALIK Halil, “İdarenin Kolluk Faaliyetleri Karşısında İnsan Haklarının Durumu ve Korunması”, İçinde: Türkiye’de İnsan Hakları, Ed.:Oya Çiftçi, TODAİ Yayınları, Ankara 2000, s. 321-326.

KANADOĞLU O. Korkut, Anayasa Mahkemesi, Beta Yayınevi, İstanbul 2004

KANADOĞLU Korkut/ ODER Emrah Bertil, “Anayasa Mahkemesi Twitter Kararı, Usul ve Esasa İlişkin Sorunlar II”, GHD, Sy.127, 2014, s. 50-52.

KAPANİ Münci, İcra Organı Karşısında Hakimlerin İstiklali, AÜHFY, Ankara 1956 KAPANİ Münci, Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara 1993 KAPANİ Münci, Politika Bilimine Giriş, Bilgi Yayınevi, 11. Baskı, Ankara 1999

KAPANİ Münci, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, Bilgi Yayınevi, 4. Baskı, Ankara 2011

KARAKAŞ Jale, “Hermeneutik ve Hukuk”, HFSA, 12.Kitap, 2005, s. 102-106.

KARAMUSTAFAOĞLU Tunçer, “Japonya’da Hukuk Devleti”, AÜHFD, C.25, Sy.1-2, 1968, s. 81-98.

KARAN Ulaş, “Bireysel Başvuru Usulünün İlk Dokuz Ayına Dair Kısa Bir Değerlendirme, Beklentilerin Neresindeyiz”, İçinde: GHD, Sy.117, 2013, s. 25-28.

KARAYALÇIN Yaşar, “Hukukun Üstünlüğü, Kavram-Bazı Problemler”, İçinde: Prof. Dr. Bedri Gürsoy’a Armağan, Ankara 1992, s. 193-214.

KAYA Cemil, İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005

KAYAÇAĞLAYAN Metin, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında ‘Demokrasi’ Kavramı”, İçinde: Zabunoğlu Armağanı, AÜHFY, Ankara 2011, s. 441-464.

KELSEN Hans, ‘Saf Hukuk Kuramı: Devlet ve Hukuk Özdeşliği’, İçinde: Devlet Kuramı, Der.: Cemal Bali Akal, Dost Kitapevi Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 425-458.

KESER Hayrı, Türk Anayasa Yargısında Hukuk Devleti İlkesi, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2005

KESKİN Serap, “Yargıç Bağımsızlığı”, İçinde: Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul 1998, s. 129-154.

KEYMAN Selahaddin, "*Hukuki Pozitivizm*", AÜHFD, C.35, Sy.1-4, 1978, s. 17-56.

KILIÇ Ali Şahin, "*Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Devletlerin Egemenliği Üzerine Ulusal Egemenlik Odaklı Bir İnceleme*", AÜHFD, C.53, Sy.3, 2009, s. 615-657.

KILINÇ Ahmet, "*İnsan Haklarının Anayasal Konumu*", AÜEHFD, CIX, Sy.1-2, 2005, s. 279-291.

KILINÇ Bahadır, "*Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği*", AYD, Sy.25, 2008, s. 19-59.

KIRATLI Metin, *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi*, AÜSBFY, Ankara 1966

KIRMAZ Birol, *Avrupa Birliği Sürecinde Hakimlerin Denetimi ve Yargı Bağımsızlığı*, Adalet Yayınevi, Ankara 2009

KLEIN Eckart, "*Devletin Şiddet Tekeli*", Çev.: Ali Emrah Bozbayındır, İçinde: *Anayasa Teorisi*, Lale Yayıncılık, Ed.:Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter, Çev.Ed.: İlyas Doğan, Ankara 2014, s. 645-668.

KOÇAK Mustafa, *Devlet ve Egemenlik*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006

KRIČHHOF Paul, "*Anayasa Kültürü ve Kavramı*", Çev.:Nedim Meriç , İçinde: *Anayasa Teorisi*, Lale Yayıncılık, Ed.:Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter, Çev.Ed.: İlyas Doğan, Ankara 2014, s. 81-130.

KUMKUMOĞLU Kemal/ KUMKUMOĞLU Ahmet Kemal, "*HSYK'NIN 1961 VE 1982 Anayasaları'ndaki Durumu*", İçinde: *2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 105-114.

KUNTER Nurullah/YENİSEY Feridun/NUHOĞLU Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi*, Beta Yayınevi, 18. Baskı, İstanbul 2010

KUTLU Mustafa, *Kuvvetler Ayrılığı*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2001

KÜÇÜK Adnan, “*Hukuk Devleti Kavramı ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti*”, İçinde: Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Adres yayınları, Ed:Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/Adnan Küçük, Ankara 2008, s. 351-456.

LEIGH H.Leonard, “*Adil Yargılanma Hakkı Ve Avrupa İnsan Hakları Anlaşması*”, İçinde: Adil Yargılanma Hakkı Ve Ceza Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 335-358.

LOCKE John, Hükümet Üzerine İkinci İnceleme, Çev.: Fahri Bakırcı, Babil Yayınları, Ankara 2004

MAHFUD Moh, “*Endonezya Anayasa Mahkemesi’nin Bağımsızlığının, Tarafsızlığının ve Sorumluluğunun Sağlanması*”, AYD, Sy.27, 2010, s. 51-61.

MAHRENHOLZ Erast, “*Günümüzde Anayasa Yorumu ile İlgili Sorunlar*”, AYD, Sy.9, 1993, s. 193-199.

MARDİN Şerif, “*Tabii Hukuk ve Batı Toplumu ve Bizler*”, HFSA, 9. Kitap, 2004, s. 13-18.

MARMOR Andrei, “*Hukuk Devleti ve Sınırları*”, Çev.: Sevdâ Gültekin Göktolga, İçinde: Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Adres yayınları, Ed:Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/Adnan Küçük, Ankara 2008, s. 169-210.

MELLİNGHOF Ruduolf, “*Federal Almanya Cumhuriyeti’nde Anayasa Şikâyeti*”, AYD, Sy.26, 2009, s. 31-44.

MEMİŞ Pınar, “*Fransız Yüksek Yargı Konseyi*”, İçinde: 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 125-130.

METİN Yüksel, Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002

METİN Yüksel, Anayasanın Yorumlanması, Asi Yayıncılık, Ankara 2008 (a)

METİN Yüksel, “*Avrupa Birliği’nde Hukuk Devletinin Unsurları*”, İçinde: Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Adres yayınları, Ed:Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/Adnan Küçük, Ankara 2008 (b), s. 577-628.

METİN Yüksel, “*Anayasanın Yorumlanmasında Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunun Yeri ve Önemi*”, İçinde: Prof.Dr. Ergun ÖZBUDUN’a Armağan, C.II, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2008 (c), s. 429-457.

METİN Yüksel, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yükllediği Pozitif Yükümlülükler*”, Uluslararası İlişkiler Dergisi, C. VII, Sy. 27, 2010, s. 111-132.

MONTESQUIEU, Kanunların Ruhu Üzerine I, Çev.: Fehmi Baldaş, Toplumsal Dönüşüm Yayınları, İstanbul 1998

MOULY Jean, “*Büyük Dairenin 12 Kasım 2008 Tarihli Demir ve Baykara c/Türkiye Kararı Sosyal Hakların Genişletilmesinde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi*”, Çev.: Gülten KURT, İçinde: Anayasal Sosyal Haklar, Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal Yayınevi, İstanbul 2012, s. 229-238.

MUMCUOĞLU Maksut, “*Hukuk Devletinde Bağımsız Yargının Yeri ve Bağımsız Yargının Türkiye’de Gelişimi*”, ABD, Sy.2, 1989, s. 262-306.

NEUMAN L. Gerald, “*Amerika’da Anayasal Bir Kavram Olarak Rule of Law ve Alman Anayasasının Rechtsstaat İlkesi*”, Çev.: Ali Rıza Çoban ,İçinde: Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Adres yayınları, Ed:Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/Adnan Küçük, Ankara 2008, s. 557-576.

ODER Emrah Bertil, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri Hukuksal Bilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma, Beta Yayınevi, İstanbul 2010

ODYAKMAZ Zehra, “*Yeni Anayasa Çalışmalarında Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu İçin Üye Seçimleri ve Bazı Konular Hakkında Görüşler*”, AYD, Sy.25, 2008, s. 155-204.

ODYAKMAZ Zehra/BOSTANCI Yalçın/GÜZEL Oğuzhan, “*6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Çerçevesinde Kamu Başdenetçisine İlişkin Yaş Şartının Değerlendirilmesi*”, TBBD, Sy.103, 2012, s. 13-26.

OĞURLU Yücel, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002

OĞURLU Yücel, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003

OĞURLU Yücel, “*AIHM Kararlarında ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak ‘Ölçülülük İlkesi’*”, İçinde: Prof.Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, 2001, s. 485-522.

OKANDAN G Recai, Umumi Amme Hukuku, İÜHFY, İstanbul 1968

OKTAY Cemil, “*Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Yargı Açısından Anlamı ve Türkiye Örneği*”, AYD, Sy.1, 1984, s. 215-242.

OYTAN Muammer, “*Ombudsman Eliyle İdarenin Denetimi Konusunda Kıyaslamalı Bir İnceleme*”, Danıştay Dergisi, Sy.18-19, 1975, s. 193- 214.

ÖKÇESİZ Hayrettin, Sivil İtaatsizlik, Afa Yayıncılık, İstanbul 1994

ÖKÇESİZ Hayrettin, “*Hukuk Kültürünün Yapısını ‘Nomos-Physis’(Toplum-Kültür-Doğa) Çevresinde Yedi Üçüzlü Bir Kurguyla Açıklama Şemasında Egemenliğin İrdelenmesi*”, AYD, Sy.20, 2003, s. 119-131.

ÖKTEM Niyazi, “*Hukuksal Pozitivizm Akımı*”, İÜHFM, C. 43, Sy.1-4, 1977, s. 271-299.

ÖZCAN Mehmet Tevfik, “*Hukuk Devleti: Modern Toplumun Hukuk Aracılığıyla Siyasal Meşruiyeti*”, HFSA, 16. Kitap, 2007, s. 190-208.

ÖZCAN Mehmet Tevfik, Modern Toplum ve Hukuk devleti, XII Levha Yayınları, İstanbul 2008

ÖZCAN Mehmet Tevfik, “*Hukuk Devleti ve İnsan Erdemi*”, HFSA, 21. Kitap, 2010 (a), s. 128-137.

ÖZCAN Tevfik Mehmet, “*Yasama Faaliyetinin Sınırı Olarak Hukuk Devleti*”, İçinde: Prof.Dr. Tunçer Karamustafaoğlu’na Armağan, Adalet Yayınevi, Ankara 2010 (b), s. 529-566.

ÖZAY İl Han, “*Anayasa Mahkemeleri(ya da Yargısının) Meşruiyeti*”, AYD, Sy.9, 1993, s. 67-74.

ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınevi, 4. Baskı, Ankara 1995 ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınevi, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Ankara 2011

ÖZBUDUN Ergun, “*Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu*”, İçinde: Demokrasi ve Yargı, Ed: Ozan Ergül, TBBY, Ankara 2005, s. 336-351.

ÖZER Attila, “*Ülkemizde Egemenlik ve Yargı Erkinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Karşısındaki Durumu*”, AYD, Sy.23, 2008, s. 187-194.

ÖZENÇ Berke, Hukuk Devleti Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi, İletişim Yayınevi, İstanbul 2014

ÖZER Attila, “*Ülkemizde Egemenlik ve Yargı Erkinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Karşısındaki Durumu*”, AYD, Sy.23, 2008, s. 187-194.

ÖZSOY Şule, “*1982 Anayasası’nda İnsan Haklarına Saygılı Devlet İlkesi*”, İçinde: Prof.Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İÜHFY, İstanbul 1998, s. 1013-1028.

ÖZKOL Adil, “*Çağdaş Parlamenter Demokrasilerde Kuvvetli İcra Eğilimi*”, AÜHFD, C.XXVI, Sy.1-2, 1969, s. 43-76.

ÖZKORKUT Ünal Nevin, “*1876 Anayasası’nın Hukuk Devleti Unsurları Açısından Osmanlı Devlet Anlayışına Getirdiği Yenilikler*”, AÜHFD, C.53, Sy.1, 2004, s. 173-184.

ÖZKORKUT Nevin Ünal, “*Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı’da ve Günümüz Türkiye’sinde Yargıya Genel Bir Bakış*”, AÜHFD, C.57, Sy.1, 2008, s. 225-242.

ÖZLEM Doğan, “*Hukuk Devletini Sosyal Devlet İçinde Düşünmek*”, DBD, Hukuk ve Adalet Özel Sayısı, Yıl:4, Sy.13, 2000-2001, s. 9-23.

ÖZTÜRK Bahri, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 3.Bası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, No:46, Ankara 1994

PACZOLAY Peter, “*Anayasa Şikayeti: Bir Karma Çözüm mü?*”, AYD, Sy.26, 2009, s. 313-320.

PARIENTE Alain, “*Fransa’da Demokrasinin Pekişmesinde Yargının Rolü*”, İçinde: Demokrasi ve Yargı, Ed: Ozan Ergül, TBBY, Ankara 2005, s. 198-210.

PLONO Katie, “*Checks and Balances in American Government*”, American Center e Bulletin, Sy.11, 2011, s. 1-25.

POGGİ Gianfranco, Devlet: Doğası, Gelişimi ve Geleceği, Çev.: Aysun Babacan, İBÜY, İstanbul 2007

RAND Ayn, “*İnsan(in) Hakları*”, Çev.: Atilla Yayla, İçinde: Sosyal ve siyasi Teori, Der.: Atilla Yayla, Siyasal Kitabevi, 2. Baskı, Ankara 1999, s. 257-265.

RAZ Joseph, “*Hukuk Devleti ve Erdemi*”, Çev.: Bilal Canatan, İçinde: Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Adres yayınları, Ed:Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/Adnan Küçük, Ankara 2008, s. 149-168.

REYNOLDS B. Noel, “*Constitutionalism and the Rule of Law*”, içinde: Constitutionalism and Rights, Ed.: Gary C. Bryner/ Noel B Revnolds, 1986, s. 80-102.

ROELLECKE Gerd, “*Anayasa Teorisinin Gözlemi*”, Çev.: Atilla Erkal, İçinde: Anayasa Teorisi, Lale Yayıncılık, Ed.:Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter, Çev.Ed.: İlyas Doğan, Ankara 2014, s. 67-80.

ROSENFELD Michel, “*Hukuk Devleti ve Anayasal Demokrasinin Meşruiyeti*”, Çev.: Ali Rıza Çoban, İçinde: Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Adres Yayınları, Ed:Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/Adnan Küçük, Ankara 2008, s. 211-257.

RUMPF Christian, “*Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği*”, AYD, Sy.10, 1993, s. 25-48.

RUMPF Christian, “*Ölçülülük İlkesinin Özellikle Türk Hukuku Dikkatte Alınarak irdelenmesi Üzerine Bir Deneme*”, İçinde: Demokrasinin Garantisi: İnsan Onuru ve İnsan Hakları Konferansı, Düz.: Bilgi Üniversitesi, 2008, s. 33-40.

SABUNCU Yavuz, Anayasaya Giriş, İmaj Yayınevi, 7. Baskı, Ankara 2001

SACHS Michael, “*Hukukun Üstünlüğü ve Hukuk Devleti*”, İçinde: Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, Ankara 2001, s. 623-635.

SAĞLAM Fazıl, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, AÜSBFY, Ankara 1982

SAĞLAM Fazıl, “1982 Anayasası’nın Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Getirdiği Sorunlar”, İçinde: Bahri Savcı’ya Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, 1988, s. 185-254.

SAĞLAM Fazıl, “Türk Anayasası Açısından Temel Hakların ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlandırılması”, İçinde: Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Hukuku 1. Uluslararası Sempozyumu, 2003, s. 161-164.

SAĞLAM Fazıl, “Anayasa Şikâyetini Bekleyen Sorunlar”, İçinde: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti/Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar), TBBY, Ankara 2011, s. 20-30.

SANCAR Mithat, “Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, İçinde: Devlet Aklı Kıskaçında Hukuk Devleti, Der.: Mithat Sancar, İletişim Yayınları, İstanbul 2000 (a), s. 181-194.

SANCAR Mithat, “Sosyalist Partinin Kapatılması Kararı Üzerine Düşünceler”, İçinde:Devlet Aklı Kıskaçında Hukuk Devleti, Der.: Mithat Sancar, İletişim Yayınları, İstanbul 2000 (b), s. 195-216.

SANCAR Mithat, “Hukuk Devleti:Kavramsal Bir Çerçeve”, İçinde: Devlet Aklı Kıskaçında Hukuk Devleti, Der.: Mithat Sancar, İletişim Yayınları, İstanbul 2000 (c) s. 29-46.

SANCAR Mithat, “Yasallık ile Meşruluk Geriliminde Hukuk Devleti”, içinde: Devlet Aklı Kıskaçında Hukuk Devleti, Der.: Mithat Sancar, İletişim Yayınları, İstanbul 2000 (d), s. 85-102.

SANCAR Mithat, “Hukuk Devleti: Cumhuriyetin Temel Niteliklerinden Biri (mi?)”, İçinde: Devlet Aklı Kıskaçında Hukuk Devleti, Der.: Mithat Sancar, İletişim Yayınları, İstanbul 2000 (e), s. 69-84.

SANCAR Mithat, “Devlet Aklı, Hukuk Devleti ve Devlet Çetesi”, İçinde: Devlet Aklı Kıskaçında Hukuk Devleti, Der.: Mithat Sancar, İletişim Yayınları, İstanbul 2000 (f), s. 47-68.

SANCAR Mithat, “İnsan Hakları Açısından 1982 Anayasası”, içinde:Devlet Aklı Kıskaçında Hukuk Devleti, Der.: Mithat Sancar, İletişim Yayınları, İstanbul 2000 (g), s. 133-160.

SANCAR Mithat, “*Hukukun Oluşturulmasında İnsan Haklarının Rolü yada İnsan Hakları İle Pozitif Hukuk Arasındaki İlişki*”, içinde: Devlet Akli Kıskaçında Hukuk Devleti, Der.: Mithat Sancar, İletişim Yayınları, İstanbul 2000 (h), s. 105-132.

SANCAR Mithat, “*Hukuk Devletinin Geleceği Açısından İdari Yargı*”, içinde: 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Danıştay Yayınları, No: 59, Ankara 2000 (ı), s. 75-80.

SANCAR Mithat, “*Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti*”, DBD, Hukuk ve Adalet Özel Sayısı, Yıl:4, Sy.13, 2000-2001, s. 25-44.

SANCAR Mithat, “*Değişen Egemenlik Sürecinde Meşruiyet Sorunu ve Anayasal Düzen*”, AYD, Sy.20, 2003, s. 158-169.

SANCAR Mithat, “Anayasal Demokrasi:Demokrasinin sınırı mı, Güvencesi mi?”, içinde: Demokrasi ve Yargı, Ed: Ozan Ergül, TBBY, Ankara 2005, s. 44-56.

SAVCI Bahri, “*Siyasi İktidarı Hukukla Bağlama Çabasının Geçirdiği Seyir*”, AÜSBFD, C.XII, No:4, 1957, s. 65-127.

SAYGILI Abdurrahman, Kutsallık ile Rasyonellik Sarkacında DEVLET, İmaj Yayınevi, Ankara 2014

SAYGIN Engin, “*Ombudsmanı Beklerken: Anayasa Mahkemesi’nin Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu İptaline Dair Gerekçeli Kararı Üzerine Bir İnceleme*”, GÜHFD, C.XII, Sy.1-2, 2008, s. 1045-1072.

SIR Onur, Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi, Yayınlanmış Doktora Tezi, Adalet Yayınevi, Ankara 2011

SCHMITT Carl, “*Liberal Hukuk Devletinin İlkeleri ve Hukuk Devletinde Kanun Kavramı*”,Çev.: Bilal Canatan, içinde: Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Adres yayınları, Ed:Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/Adnan Küçük, Ankara 2008, s. 119-148.

SCHMITT Carl, Siyasi İlahiyat, Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm, Çev.: A. Emre Zeybekoğlu, Dost Kitapevi, Ankara 2010

SEÇKİN Recai, “*Anayasaya Aykırılık Kavramının Tanımlanması Yolunda Bir Deneme*”, İçinde: Prof.Dr. K.Fikret ARIK’a Armağan, AÜSBFY, Ankara 1973, s. 403-462.

SELÇUK Sami, 2007’nin Hukuk Olayı Anayasa Mahkemesi’nin 367 Kararı, Cedit Neşriyat, Ankara 2008

SEZGİNER Murat, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin Yayınları, Ankara 2000

SOLTAN Karol Edward, “*Generic Constitutionalism*”, İçinde: A New Constitutionalism, Design Political Institutions for a Good Society, Ed.: Stephen L. Elkin/Karol Edward Soltan, The Universty of Chicago Press, Chicago-London 1993, s. 70-86

SOYSAL Mümtaz, 100 Soruda Anayasa’nın Anlamı, Gerçek Yayınevi, 10. Baskı, İstanbul 1993

SOYSAL Mümtaz, “*Değişen Egemenlik ve Meşruluk*”, AYD, Sy.20, 2003, s. 171-181.

SPİECKER Indria, “*Sosyal Devletin Anayasa Teorisi*”, Çev.: Arslan TOPAKKAYA, İçinde: Anayasa Teorisi, Lale Yayıncılık, Ed.:Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter, Çev.Ed.: İlyas Doğan, Ankara 2014, s. 793-824.

STARCK Christian, “*Anayasal Demokrasi ve Sınırlı Yönetim*”, Çev.: Gülüm Bayraktaroğlu, İçinde: Demokrasi ve Yargı, Ed: Ozan Ergül, TBBY, Ankara 2005, s. 25-33.

STERN Klaus, “*Küresel Anayasacılık Hareketleri ve Yeni Anayasalar*”, İçinde: Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, Ankara 2001, s. 45-58.

STARCK Christian, “*Anayasal Demokrasi ve Sınırlı Yönetim*”, Çev.: Gülüm Bayraktaroğlu, İçinde: Demokrasi ve Yargı, Ed: Ozan Ergül, TBBY, Ankara 2005, s. 25-34.

STRAUSS Peter L, “*Amerikan (İdari) Devletinde Hukukun Üstünlüğü*”, İçinde: II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, Ankara 1993, s. 84-138.

SUNAY Reyhan, “*Siyasal Demokrasi ve Anayasamız*”, İçinde: Prof.Dr. Halil CİN’e Armağan, SÜHFY, Konya 2005, s. 253-298.

SYPNOWICH Christine, “*Ütopya ve Hukuk Devleti*”, Çev.: Ali Rıza Çoban, İçinde: Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Adres yayınları, Ed:Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/Adnan Küçük, Ankara 2008, s. 325-350.

ŞAHBAZ İbrahim, “*AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*”, AYD, Sy.25, 2008, s. 229-289.

ŞAHBAZ İbrahim, “*Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Sorunlar*”, İçinde: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru(Anayasa Şikâyeti/Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar), TBBY, Ankara 2011, s. 71-128.

ŞAHİN Adil, “*Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal Ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme*”, AÜHFD, Sy.59, 2010, s. 711-766.

ŞAHİN Adil, “*Siyasal Düşünceler Tarihinde “Sınırlı Devlet” Fikrinin Kadimliği yada Genel Kamu Hukuku Bağlamında İnsan, Özgürlük ve Devlet İktidarı Arasındaki Evrilme*”, GÜHFD, C. XV, Sy. 3, 2011, s. 311-362.

ŞEN Murat, “*Egemenliğin Kollektif Kullanımı: AB’nin Anayasal Yapısına Uyum Açısından Anayasamız*”, AYD, Sy.22, 2005, s. 216-230.

ŞİRİN Tolga, “*Erkler Ayrılığı ve Hassas Meşruiyet Dengesinde Yargı*”, GHD, Sy.56, 2008, s. 10-13.

ŞİRİN Tolga, “*Hukukun Üstünlüğü(Rule of Law) Hukuk Devleti(Rechtsstaat): Aralarında Fark Var mı?*”, İçinde: Prof.Dr. Tunçer Karamustafaoğlu’na Armağan, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 679-696.

TARHANLI Turgut, “*Kuvvet Kullanma, Meşruiyet ve Hukuk*”, AYD, Sy.23, 2003, s. 133-156.

TANRIKULU M. Sezgin, “*İHAM Kararlarında ve Türk Hukukunda Yaşam Hakkı*”, TBBD, Sy.66, 2006, s. 51-94.

TANÖR Bülent/YÜZBAŞIOĞLI Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2009

TANÖR Bülent, Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, Genişletilmiş 3. Baskı, BDS Yayınları, İstanbul 1994

TANÖR Bülent, “*Anayasamızın Yeni 11. Maddesi Genel Bir Sınırlama Kuralı Getirmiş midir?*”, İçinde: Onar Armağanı, İÜHFY, İstanbul 1977, s. 873-881.

TANÖR Bülent, “*Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*”, İçinde: İnsan Hakları, YKY, İstanbul 2000, s. 47-57.

TANRIVER Süha, “*Hukuk Yargısı(Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı*”, TBBD, Sy.53, 2004, s. 191-215.

TEPE Harun, “*İnsan Hakları:Kavram, Kapsam ve Ölçüt*”, İçinde: Displinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları, Der.:Selda Çağlar, Beta Yayınları, İstanbul 2010, s. 1-32.

TEZİÇ Erdoğan, Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İÜHFY, İstanbul 1972

TEZİÇ Erdoğan, “*Kanunların Esas Açısından Anayasaya Uygunluğunun Denetimi*”, İÜHFM, C.51, Sy.1-4, 1985, s. 23-43.

TROPER Michel, “*Sınırlı İktidar, Hukuk Devleti ve Demokrasi*”, Çev.: Burak Öztürk, İçinde: Demokrasi ve Yargı, Ed: Ozan Ergül, TBBY, Ankara 2005, s. 12-24.

TOSUN Fahri Mutlu, “*Yargı ve Demokratik Meşruiyet*”, TBBD, Sy.88, 2013, s. 320-332.

TUNA Ş. Gürçağ, “*Sosyal Hakların Analizi*”, İçinde: Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu I Bildiriler, Düz.: Akdeniz Üniversitesi, Belediye İş Yayınları, 2009, s. 134-140.

TUNAYA Zafer, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 4. Baskı, İstanbul 1980

TUNÇ Hasan, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı (Denetimin Kapsamı ve Organları), Yetkin Yayınevi, Ankara 1997

TUNÇ Hasan, “*Demokrasi Türleri ve Müzakereci Demokrasi Kavramı*”, GÜHFY, C.XII, Sy.1-2, 2008, s. 1113-1132.

TURHAN Mehmet, Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası, DÜHFY, Diyarbakır 1989

TURHAN Mehmet, Anayasal Devlet, Naturel Yayınları, 4.Baskı, Ankara 2005

TURHAN Mehmet, “*Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeni Gerekləri*”, AYD, Sy.8, 1991, s. 405-427.

TURHAN Mehmet, “*Anayasa ve Anayasacılık*”, AİD, C.27, Sy.3, 1994, s. 3-32.

TURHAN Mehmet, “*Anayasacılık ve Kuvvetler Ayrılığı Kuramı*”, HFSA, Sy.2, 1995, s. 94-119.

TURHAN Mehmet, “*Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına Etkileri ve Türk Anayasa Mahkemesi*”, Sy.20, 2003, s. 215-248.

TURHAN Mehmet, “*Hukukta ‘Özgürlükçü’ Yorum ve Refah Partisi Kapatma Davaları*”, İçinde: Anayasa Hukukuna Liberal Bakışlar, Der.: Mehmet Turhan/Nur Uluşahin, Naturel Yayınları, Ankara 2009 (a), s. 140-154.

TURHAN Mehmet, “*Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı*”, İçinde: Anayasa Hukukuna Liberal Bakışlar, Der.: Mehmet Turhan/Nur Uluşahin, Naturel Yayınları, Ankara 2009 (b), s. 85-112.

TURHAN Mehmet, “*Anayasa Yapımında Temel Tartışma Noktaları*” Konulu Sempozyumda Yapmış Olduğu Konuşma, İçinde: AYD, Sy.28, 2011 (a), s. 17-25.

TURHAN Mehmet, “*Anayasa Mahkemesi ve Hak ve Özgürlükler*”, İçinde: Zabunoğlu Armağanı, AÜHFY, Ankara 2011 (b), s. 741-758.

TÜRE İlknur, “*Liberalizm ve Hukuk Devleti Arasındaki İlişkinin Değişen Seyri*”, KHHD, Sy.59-60, s. 181-195.

ULUSOY Ali, “*Laiklik ve Türban Sorununun Hukuksal Yönden Değerlendirilmesi*”, İçinde; Kamu Hizmeti İncelemeleri, Der.: Ali Ulusoy, Ülke Kitapları, 1. Baskı, Ankara 2004, s. 197-252.

UYAR Lema, Birleşmiş Milletler’de İnsan Hakları Yorumları, İBÜY, İstanbul 2006

UYGUN Oktay, 1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, Yayınlanmış Doktora Tezi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1992

UYGUN Oktay, “*Kanada Yüksek Mahkemesi Kararlarında Ölçülülük İlkesi*”, Değişen Dünyada İnsan, Hukuk ve Devlet, Edip F. Çelik’e Armağan, Engin Yayıncılık, 1995, s. 391-403.

UYGUN Oktay, “*Türk Anayasa Hukuku Geleneğinde ve Özbudun Anayasa Taslağında Hukuk Devleti Anlayışı*”, İçinde: Kamu Hukuku İncelemeleri, Der.: Oktay Uygun, XII Levha Yayınları, İstanbul 2011 (a), s. 385-408.

UYGUN Oktay, “*İnsan Hakları Kuramı*”, İçinde: Kamu Hukuku İncelemeleri, Der.:Oktay Uygun, XII Levha Yayınları, İstanbul 2011(b), s. 3-44.

UYGUN Oktay, “*Üniter ve Federal Devlet Açısından Egemenliğin Bölünmezliği İlkesi*”, İçinde: Kamu Hukuku İncelemeleri, Der.: Oktay Uygun, XII Levha Yayınları, İstanbul 2011 (c), s. 599-638.

UYGUR Gülriz, “*Adalet ve Hukuk Devleti*”, AÜHFD, C.53, Sy.3, 2004, s. 29-38.

ÜNAL Şeref, Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 1997

ÜNAL Şeref, “*Anayasa Hukuku ve Milletlerarası Sözleşmeler Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanması*”, AYD, Sy.11, 1994, s. 39-60.

WALDHOF Christian, “*Anayasa Kanununun Meydana Gelişi*”, Çev.: Bilge Buz Aras, İçinde: Anayasa Teorisi, Lale Yayıncılık, Ed.:Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter, Çev.Ed.: İlyas Doğan, Ankara 2014, s. 305-362.

WHEARE K.C, Modern Anayasalar, Çev.: Mehmet Turhan, Değişim Yayınları, İstanbul 1984

YARSUVAT Elif, “*İtalya Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu*”, İçinde: 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 141-145.

YAVUZ Bülent, “*Çoğulcu Demokrasi Anlayışı ve İnsan Hakları*”, GÜHFD, C.XIII, Sy.1-2, 2009, s. 283-302.

YAVUZ K. Haluk, Siyasal Sistem Arayışları ve Yürütmenin Güçlendirilmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010

YOKUŞ Sevtap, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve 1982 Anayasası’nda Hak Ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002

YOKUŞ Sevtap, Türkiye’de Yürütme Erkinde Değişen Dengeler, Yetkin Yayınevi, Ankara 2010

YÜCE Tufan Turhan, “*Temel Hakların Özü Kavramı ve Sınırlanması Problemi*”, İçinde: Dr. A.Recai SEÇKİN’ e Armağan, AÜHFY, Ankara 1974, s. 637-656.

YÜCEL Bülent, “*5982 Sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu’nun 1982 Anayasası’nın ‘Hukuk Devleti’ Anlayışına Etkisi*”, TBBD, Sy100, 2012, s. 83-96.

YANIK Murat, Parti İçi Demokrasi, Beta Yayınları, İstanbul 2002

YANIK Murat, “*Karşılaştırmalı Hukuk ve Uluslararası Standartlar ışığında HSYK’nun Oluşumu, Çalışma Şekli ve Kararlarının Denetimi*”, AYD, Sy.27, 2010, s. 161-216.

YAYLA Yıldızhan, “*Anayasa Mahkemesi’ne Göre Cumhuriyetin Özü*”, İçinde: Prof.Dr. Hıfzı Tümmur’un Anısına Armağan, İÜHFY, İstanbul 1979, s. 974-1040.

YAZICI Serap, “*Avrupa Birliği Süreci: Ulus Devletten Ulusüstü Devlete Geçişte Egemenlik Yetkisinin Devri*”, İçinde: Özgürlükler Düzeni Olarak Anayasa, Fazıl Sağlam 65. Yaş Armağanı, İmaj yayıncılık, İstanbul 2006, s. 447-472.

YAZICI Serap, “*Yeni Bir Anayasanın Yapımını Sürecinde Türkiye: Yasaklıktan Özgürlükçülüğe, Otoritarizmden Demokrasiye, Vesayetçilikten*

Demokratik Temsile”, İçinde: Prof.Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, C.II, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 739-810.

YÜZBAŞIOĞLU Necmi, “*İnsan Haklarının Ulusal Düzeyde Korunması*”, İçinde: İnsan Hakları, YKY, İstanbul 2000, s. 397-406.

YÜZBAŞIOĞLU Necmi, “*Egemenlik Yetkisinin Kullanılması AB Hukuku ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*”, GHD, Sy.22, 2005, s. 8-13.

ZABUNOĞLU Yahya Kazım, Devlet Kudretinin Sınırlanması, Yayımlanmış Doktora Tezi, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1963

VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Avrupa İnsan Hakları Divanı Raporu, Ankara 1990

İNTERNET KAYNAKLARI

- <http://www.abgm.adalet.gov.tr/ekutuphane/venedik%20komisyonu>
- <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf>.
- <http://aihmkarar.blogspot.com.tr/2006/10/akku-trkiye-davasi.html>
- <http://www.aihmiz.org.tr/?q=tr/content/interlaken-bildirgesi>.
- <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi>
- http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/venedik_komisyonu/rapor.pdf.
- http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/gorusler/12001.pdf
- www. <http://aihm.anadolu.edu.tr/>
- http://www.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/meslek_kurallari/bm_yargi_bagimsizligi_temel_prensipler.
- www.devmadensen.org.tr/arsiv/belge/ekosok/maast_ilkeleri.doc.
- http://www.edchreturkeyeu.coe.int/Source/Resources/Rec_2010_12_sayili_Tavsiye_Karari.pdf.
- <http://haber.stargazete.com/yazar/ogrenci-evi-tartismasinda-toplum-nedusunuyor/yazi-806216>
- <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/25060944.asp>.
- <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages>
- http://www.ihop.org.tr/dosya/uihk/paris_ilkeleri.pdf.
- <http://www.kararara.com/aihm/turkce/aihm>
- <http://www.milliyet.com.tr>
- <http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/2013-90.pdf>
- <http://www.parliament.bg/en/const>
- http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/belge/24_donem_3_yasama_yili_faaliyet_raporu.pdf.

<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-1008.pdf>

[http://www.tohav.org/?bolum=aktivite&tur=sempozyum&no=56.](http://www.tohav.org/?bolum=aktivite&tur=sempozyum&no=56)

<http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload>

<http://www.yenisafak.com.tr>

ÖZET

**Gökpınar, Mahmut, Anayasal Devlette Temel Hak Ve Özgürlükler Düzeni,
Doktora Tezi, Danışman: Doç.Dr. Bülent Algan, 342 s.**

Devlet iktidarının sınırlandırılması çok eski çağlara kadar uzanmakla birlikte bunun temel hak ve özgürlükler doğrultusunda olması ve anayasal güvenceye kavuşturulması Aydınlanma çağıyla birlikte düşünce dünyasında yer almaya başlamıştır. Temel hak ve özgürlüklerin garantörü olan devlet aynı zamanda bunların en kuvvetli potansiyel ihlal edicisi konumundadır. Devletin garantör sıfatının öne çıkarılıp ihlal edici potansiyelinin dizginlenmesi için devlet yetkileri ve gücü sınırlanmalıdır. Ayrıca bunun en üst norm niteliğine sahip yazılı bir anayasada hüküm altına alınması gerekmektedir. Üstelik bu sınırlamanın amacı temel hak ve özgürlükleri koruma, geliştirme ve hayata geçirmek olmalıdır. Anayasal devlet, temel hak ve özgürlükler bakımından keyfi bir iktidara alternatif olmak üzere ortaya çıkmıştır.

Çalışmanın ilk bölümünde anayasal devletin temel kavramları ile hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı ve insan hakları gibi temel kurumlarına, ikinci bölümde ise her devletin insan haklarına ilişkin olarak üstlenmiş olduğu fonksiyonlar olan tanıma, koruma ve gereğini yerine getirme fonksiyonlarının ile anayasa yargısının anayasal devletteki görünümüne yer verilmiştir.

SUMMARY

Gökpınar, Mahmut, Basic Rights And Freedoms In The Constitutional Order Of The State, PhD Thesis, Advisor: Assoc.Prof.Dr. Doç.Dr. Bülent Algan, 342 p.

While state power dates back to ancient times with the limitation that is not in line with fundamental rights and freedoms and ensuring the constitutional guarantees in the world of thought began to take place with the Enlightenment. State, which is the guarantor of fundamental rights and freedoms at the same time is the most powerful of these potential violator . Removed ahead of the state's title to be restrained guarantor powers and the state of infringing potential should be limited . It also needs to be taken under the provisions of a written constitution that has the highest quality standards . Moreover, the purpose of this restriction fundamental rights and freedoms , protection and development should be implemented. Constitutional state , has

emerged to be an alternative to an arbitrary power in terms of fundamental rights and freedoms.

Constitutional state's basic concepts of rule of law in the first part of the study , the separation of powers and the fundamental institutions such as human rights , in the second section each state's recognition of the functions it has assumed with regard to human rights protection and the functions fulfill the requirements are included in the view of the constitutional state of the constitutional judiciary.