

# Türkiye'nin Hukuk Devleti Sorunu: Hukukun Evrensel Üstünlüğüne Karşı Devletin Anayasal Üstünlüğü

Yavuz Atar\*

Anayasamızda hukuk devleti (m.2) temel ilkeler arasında yer almış ve hukuk devletinin gereklerine de (m.11,36,38,125,138 ve diğer hükümler) yer verilmiş olmakla birlikte, anayasanın temel felsefesi ve genel yaklaşımına büyük ölçüde *devletin üstünlüğü düşüncesi* egemendir. Devlet adeta halktan bağımsız bir aygıt haline gelmiştir. Anayasal-siyasal sistemimize egemen olan devletin üstünlüğü anlayışını bireysel özgürlükler bakımından daha da sakıncalı hale getiren bir husus ise, “devletin siyasal taraflılığı”dır.

Anayasanın Başlangıcında çok açık olarak görülen bu yaklaşım, maddelerinde iyice pekiştirilmiştir.

Devletin üstünlüğü düşüncesi aslında *hukuk sistemimizin bütününe* egemendir ve hatta Anayasadaki durumdan daha da vahimdir. Bunun açık göstergeleri;

- Kutsal (ya da yüce) devlet anlayışı,
- Anayasadaki hürriyet-otorite dengesizliği,

-Türk hukukuna kamu hukuku kurallarının egemen olması,

-Hak ve hürriyetler alanını düzenleyen temel kanunların askeri darbe ya da muhtıra dönemlerinde kökten değiştirilmesi,

-İdari alandaki hukuki düzenlemelerin ve uygulamanın merkezi ve bürokratik devlet zihniyetine dayalı olması,

-Mesleki kuruluşların idari bir örgütlenme yapısına sahip olması,

-Devletçi ceza politikası ve ceza kanunlarında yer alan düşünce suçları,

-Zaman zaman yargı organlarının da devletçi bir tutum içine girmesi

gibi faktörlerdir.

*Bu çalışmada, hukuk devleti ilkesinin anlamı ve Anayasadaki görünümüne genel olarak göz attıktan sonra, esas itibarıyla, Türk anayasal-siyasal sisteminde “devletin üstünlüğü”nü başlıca göstergeleri üzerinde durulacaktır.*

---

\* Doç.Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

## I. Hukuk Devleti İlkesi ve Anayasadaki Görünümü

### A- Kavram

*Hukuk devleti, devletin bütün eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına dayandığı ve vatandaşların da hukukî güvenlik içinde bulunduğu bir sistemdir*<sup>1</sup>. Hukuk devleti “hukuku olan devlet” ya da “devletin koyduğu hukuk” değil, “hukukun egemen olduğu devlet”tir ve siyasal bir idealdir<sup>2</sup>. Hukuk devletinin amacı, yönetim yetkisinin keyfi kullanımının yarattığı tehlikeyi asgariye indirmek; istikrarsız, açık olmayan ve geçmişe dönük kuralların neden olduğu kişisel hürriyet ve onur ihlallerini engellemektir<sup>3</sup>. Bu nedenle, devletin hukuk kurallarıyla bağlı sayılmadığı “polis devleti” anlayışından, vatandaşların devlete karşı güven duydukları ve kendi kişiliklerini geliştirebildikleri bir hukukî güvenlik ortamını garanti eden hukuk devleti anlayışına ulaşılmış olması anayasacılık düşüncesi bakımından oldukça önemli bir aşamadır.

Anayasa Mahkemesi de hukuk devletini benzer şekilde tanımlamıştır<sup>4</sup>: “Hukuk devleti ilkesi, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzenini kuran ve bunu devam ettirmekle kendini yükümlü sayan, bütün davranışlarında hukuk kurallarına ve Anayasaya uygun, bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine bağlı olan devlet demektir.”

<sup>1</sup> Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara 1998, s.89; Soysal, Mümtaz, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, İstanbul 1986, s.243.

<sup>2</sup> Erdoğan, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, Ankara 2001, s.93-97.

<sup>3</sup> Erdoğan (2001a), s.93.

<sup>4</sup> E.1976/1, K.1976/28, K.T. 25.5.1976, *AMKD.*, Sayı 14, s.189; Benzer kararlar için bkz. E.1985/31, K.1986/11, K.T. 27.3.1986, *AMKD.*, Sayı 22, s.120; E.1990/20, K.1991/17, K.T. 21.6.1991, *AMKD.*, Sayı 28, Cilt 1, s.100.

## B- Hukuk Devletinin Gereklere

### 1. Devlet Organlarının Hukukla Bağlı Olması

#### a) Yasama, Yürütme ve Yargı Organlarının Hukukla Bağlı Olması

Hukuk devletinin temel gereği, başka bir ifadeyle varlık şartı devletin bütün işlemlerinin hukuka bağlı olmasıdır. Devletin hukukî açıdan üç temel fonksiyonu ve bunları yürütmekle görevli üç temel organı vardır: Yasama fonksiyonu yasama organınca, yürütme fonksiyonu yürütme organınca ve yargı fonksiyonu da yargı organınca yerine getirilir. O halde devletin hukuka bağlılığı, yasama, yürütme ve yargı işlemlerinin hukuka bağlı olması anlamına gelir.

*Yasama organının hukuka bağlılığı* esas itibarıyla Anayasaya bağlılığı demektir. Anayasanın 11. maddesinde de, Anayasa hükümlerinin “yasama organını bağlayan temel hukuk kuralları” olduğu belirtilmiştir. O halde yasama organı olan Türkiye Büyük Millet Meclisi, Anayasaya aykırı işlem yapmamalıdır. Meclisin vatandaşlarla ilgili düzenlemeleri kanunla yapması gerektiğinden özellikle kanunların Anayasaya aykırı hükümler içermemesi gerekir. Nitekim Anayasanın 11. maddesinin ikinci fıkrasına göre, “kanunlar Anayasaya aykırı olamaz”.

*Yürütme organının hukuka bağlılığı*, yürütme organının Anayasaya ve kanunlara bağlı olmasını ifade eder. Anayasanın 8. maddesine göre, yürütme yetkisi ve görevi Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir. Anayasanın 11. maddesine göre de, Anayasa hükümleri, yürütme organını ve idarî makamları bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Pozitif kaynağı Anayasanın bu hükümleri olan “idarenin kanuna bağlılığı ilkesi” anayasa ve idare hukukunun önemli bir kuralıdır. Yürütme organının hukuka bağlılığı, yürütmenin bütün işlemleri-

nin kanuna dayalı olarak yapılmasını ve kanunlara uygun olmasını zorunlu kılar. Dolayısıyla, yürütme organı Anayasaya ve kanunlara aykırı düzenleyici ve bireysel işlemler yapmamalıdır. Tüzükler Anayasaya ve kanunlara, yönetmelikler Anayasaya, kanunlara ve tüzüklere, bireysel işlemler ise bunların hepsine uygun olmalıdır. Yürütme organının hukuka bağlılığı, bireyler hakkında somut işlem yapması nedeniyle uygulama bakımından çok büyük öneme sahiptir.

*Yargı organının hukuka bağlılığı* ise, mahkemelerin, Anayasaya, kanunlara ve hukuka uygun olarak karar vermesi anlamına gelir (AY.m.138). Anayasanın 11. maddesinde de, Anayasa hükümlerinin yargı organlarını bağlayan temel hukuk kuralları olduğu belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi, anayasaya aykırılık iddiasıyla önüne getirilen kanunları denetlerken bunlarla bağlı olmayıp, Anayasa hükümleri ile bağlıdır.

#### **b) Devlet Organlarının Bağlı Olacağı Hukukun Niteliği ve Kapsamı**

Her şeyden önce şunu belirtmek gerekir ki, hukuk devletinde egemen olması gereken hukuk, insan hak ve hürriyetlerini tanıyan, vatandaşlar için hukukî güvenlik sağlayan, adil ve evrensel standartlara uygun bir hukuktur<sup>5</sup>. O halde hukuk devletinin kapsamında bulunan kurallar, devletin koyduğu hukuk, yani kanunlar ya da mevzuattan ibaret değildir.

Devlet organlarının bağlı olduğu hukukun kapsamında pozitif hukuka dahil kurallar ile hukukun genel ilkeleri yer alır.

*Pozitif hukuk:* Pozitif hukuk devletin yetkili organları tarafından konulmuş ve yürürlükte bulunan hukuk kurallarının bütünüdür. Örneğin, Türk pozitif hukuku başta Anayasa olmak üzere, kanunlar, kanun hükmünde kararname, Türkiye'nin katıldığı milletlerarası

andlaşmalar, tüzükler ve yönetmeliklerde yer alan kuralların tamamından oluşur. O halde kural olarak devletin bütün organları Türk pozitif hukuku içinde yer alan kurallarla bağlıdır. Ancak, yasama organı kanun yaparken, Anayasa Mahkemesi ise kanunları denetlerken sadece Anayasa hükümleri ile bağlıdır.

Öte yandan, anayasa hukukundaki anayasa teamülleri ile pozitif hukukun kabul ettiği örf ve adet kuralları ve diğer teamüller de ilgili makamları bağlayıcı niteliktedir.

*Hukukun genel ilkeleri:* Hukuk devletinde devlet organlarının bağlı olacağı kurallar pozitif hukukla sınırlanamaz. Zira, hukuk devleti, "kanun devleti" demek değildir.

Anayasa, "hukukun genel ilkeleri"nden doğrudan doğruya söz etmemiştir. Bununla birlikte, Özbudun'un belirttiği gibi<sup>6</sup>, Anayasanın 138. maddesinde yer alan, "hâkimler... Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler" hükmü, anayasa yargısı da dahil olmak üzere her düzeydeki hâkimlerin yazılı kuralların yanında, hukukun genel ilkelerini de dikkate almalarını zorunlu kılmaktadır. Ayrıca, hukukun genel ilkelerine bağlılık, hukuk devleti kavramının içinde zaten mevcuttur. Esasen asıl amacı adaleti gerçekleştirmek olan hukukun, *iyi niyet, hakkın kötüye kullanılmaması, kazanılmış haklara saygı, mücbir sebep, kanunların geriye yürümezliği* gibi "hakkaniyet kuralları"nı dışlaması mümkün değildir. Dolayısıyla, hukukun genel ilkeleri sadece hâkimleri değil, bütün devlet organlarını bağlayıcı niteliktedir. Hâkimler de Anayasanın 2. maddesinde pozitif bir kural olarak yer alan "hukuk devleti"nin anlamını belirlemeye çalışırken, hukukun genel ilkelerini kullanabileceklerdir. Ancak hâkim, verdiği kararın pozitif dayanağı olarak "hukuk devleti"ni düzenleyen Anayasanın 2. maddesini göstermelidir.

<sup>5</sup> Erdoğan (2001a), s.93-94.

<sup>6</sup> Bkz. Özbudun (1998), s.95-96.

Özbudun'a göre<sup>7</sup>, Hukukun genel ilkelerinin bir başka pozitif dayanağı, *Milletlerarası Adalet Divanı Statüsü'nün* 38. maddesidir. Bu madde, "uygar milletlerce tanınmış genel hukuk ilkeleri"ni hukukun kaynakları arasında göstermiştir. Hukukun genel ilkeleri arasında, *ahde vefa, hakkın kötüye kullanılmaması, kazanılmış haklara saygı, sebepsiz zenginleşme, gecikme faizi, verilen zararın tazmini, kesin hükme saygı, kimsenin sahip olduğu haktan fazlasını devredememesi, kimsenin kendi dâvasında hâkim olamaması, kanunların geriye yürümezliği, devlete güven, özel kural- genel kural çatışmasında özel kuralın uygulanması* gibi ilkeler sayılmaktadır<sup>8</sup>. Esasen bu ilkeler tek tek ele alındığında birçoğunun Anayasa ve kanunlarda da pozitif dayanağını bulmak mümkündür. Örneğin, "verilen zararın tazmini" ilkesi Anayasada (m.40/2, 125/son) ve Borçlar Kanununda da (m.41 vd.) açıkça yer almıştır. Ancak bu ilkeler pozitif hukuk içinde yer almasa dahi dikkate alınması gereken ilkelere aittir.

Anayasa Mahkemesi de birçok kararında<sup>9</sup>, hukukun genel ilkelerini "hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkeler" şeklinde tanımlamış ve kararlarında bu ilkelere de yer vermiştir.

Hukukun genel ilkeleri arasında sayılan "kazanılmış haklara saygı" ilkesi özellikle birey haklarının korunması bakımından büyük öneme sahiptir ve Anayasa Mahkemesi kararları arasında da özel bir yer tutmaktadır.

## 2. Birey Hak ve Hürriyetlerinin Tanınması ve Korunması

*Hak ve hürriyetlerin tanınması:* Hukuk devletinin en önemli unsurlarından birisi de ki-

şilerin temel hak ve hürriyetlerinin hukuken tanınması ve koruma altına alınmasıdır. Temel hak ve hürriyetlerin tanınması, her şeyden önce bunların güvenceleriyle birlikte anayasal düzenlemeye kavuşturulmasıyla olur. Ayrıca temel hak ve hürriyetlerin fiilen kullanılabilmesi ve gerçekleştirilebilmesi için gerekli kanuni düzenlemelerin de yapılması gerekir. Nitekim 1982 Anayasası, bireylerin temel hak ve hürriyetleri kişi hakları, sosyal haklar ve siyasi haklar şeklinde üç bölüm halinde (m.12-74) düzenlemiş ve tanımıştır. Ne var ki, Anayasa, demokratik anayasalardan farklı olarak hak ve hürriyetlere ciddi sınırlamalar getirmiştir. İnsan haklarına ilişkin milletlerarası sözleşmeler de ülkemizce kabul edilmiş olmakla birlikte, bunlar etkin bir şekilde uygulanmamaktadır.

*Hakların korunması:* Hukuk devletinde hak ve hürriyetlerin tanınması yeterli değildir, aynı zamanda hakların devletçe korunması ve hak arama yollarının açık tutulması da gerekir. Anayasanın 40. maddesi "temel hak ve hürriyetlerin korunması" başlığı altında şu hükme yer verilmiştir: "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Kişinin, resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır (f.1). Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır (f.2)." Öte yandan, Türkiye'nin de kabul ettiği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uyarınca kamu makamlarınca hakları ihlal edilen bireylerin iç hukuk yollarını tükettikten sonra *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurma hakları* vardır.

*Hak arama hürriyeti:* Hukuk devletinde bireylerin hiçbir engelle karşılaşmadan haklarını arayabilmeleri gerekir. Nitekim Anaya-

<sup>7</sup> Özbudun (1998), s.96.

<sup>8</sup> Özbudun (1998), s.96-97; Yüzbaşıoğlu, Necmi, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul 1993, s.18-24.

<sup>9</sup> Örneğin, E.1963/166, K.1964/76, K.T. 22.12.1964, AMKD., Sayı 2, s.291; E.1985/31, K.1986/11, K.T. 27.3.1986, AMKD., Sayı 22, s.119-120.

sanın “hak arama hürriyeti”ni düzenleyen 36. maddesine göre, “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde dâvacı veya dâvalı olarak iddia ve savunma ile âdil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki dâvaya bakmaktan kaçınmaz.”

### 3. Bireylerin Hukukî Güvenlik İçinde Olması

*Hukuk kurallarının belirliliği:* Hukuk devrinde vatandaşlar hukukî güvenlik içinde olmalıdırlar. Hukukî güvenliğin temel şartı, vatandaşların hangi kurallara tâbi olduklarını önceden bilmeleri ve davranışlarını ona göre ayarlayabilmeleridir. Bunun için de hukuk kurallarının belirli olması gerekir. Hukuk kurallarının belirliliği devletin pozitif hukukunu oluşturan bütün kuralların vatandaşlara duyurulmasıyla sağlanır. Nitekim Türk hukuku bakımından, kanunların ve diğer düzenleyici işlemlerin Resmî Gazetede yayımlanması kuralı, belirlilik ilkesini gerçekleştirme amacına yöneliktir. Resmî Gazetede yayımlanması mecburî olmayan kural ve işlemlerin ise, ilgililere bildirilmesi zorunludur.

*Hukukî istikrar:* Hukukî güvenliğin bir diğer şartı hukuk kurallarının istikrarlı olması, yani sık sık ve keyfi olarak değiştirilmemesidir<sup>10</sup>. Hukukî istikrar hukuk kurallarının gerekli olan durumlarda değiştirilmesine engel değildir. Kuşkusuz hukuk kurallarının toplumsal değişmeye uydurulması da bir zorunluluktur. Ekonomik, sosyal ve teknolojik gelişmeler hukuk kurallarının değişmesini gerektirirler. O halde ekonomik, sosyal, teknolojik vb. gelişmeler doğrultusunda hukuk kuralları değiştirilmeli, ancak bu faktörler ortaya çıkmadan ve keyfi olarak hukuk kurallarıyla oynanmamalıdır. Örneğin, vergi oranları bireylerin ekonomik ve ticari faaliyetlerinin planlanması ve sürdürülmesi bakımından önemli bir et-

kendir. Dolayısıyla, vergi oranlarının çok sık ve keyfi olarak artırılması bu faaliyetleri olumsuz şekilde etkiler. Yine suç oluşturan fiillerin suç ve cezalara ilişkin ilkelerle bağdaşmayacak şekilde sık sık değiştirilmesi bireyleri, hangi fiillerin suç olduğu ve nasıl davranmaları gerektiği konusunda ciddi tereddütlere sevkeder.

*Kazanılmış haklara saygı:* Hukukun genel ilkeleri arasında yer alan kazanılmış haklara saygı, yani kazanılmış hakların korunması hukukî istikrarın da önemli bir unsurudur. *Kazanılmış hak*, yürürlükteki hukuk kurallarına uygun olarak kişiler lehine doğmuş bulunan hukukî durumlardır. Kazanılmış haktan söz edebilmek için hakkın bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş, gerçekten kazanılmış olması gerekir. Tamamlanmamış hukukî durumlar, kişiler lehine hak yaratmazlar. Hukukta hakları kazanmanın yolları ise kurallarla belirlenmiştir<sup>11</sup>.

Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında “kazanılmış haklara saygı” ilkesine ilişkin olarak şu görüşlere yer vermiştir:

“Kazanılmış hakların tanınması ve korunması hukuk devletlerinde benimsenen bir ana hukuk kuralıdır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında bu kuralı ortadan kaldıracak hiçbir hüküm yoktur; olabilmesi de düşünülemez.”<sup>12</sup> Kazanılmış bir haktan söz edebilmek için hakkın edinildiği anda yürürlükte olan kurallara uygun şekilde ve bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekir<sup>13</sup>. Kanunlara aykırı durumlara dayanılarak kazanılmış hak iddiasında bulunulamaz<sup>14</sup>.

*Kanuni hâkim güvencesi:* Kanuni hâkim güvencesi, bir kişinin kanunen yargılanması

<sup>10</sup> Erdoğan (2001a), s.109.

<sup>11</sup> Erdoğan (1999), s.109-110; Özbudun (1998), s.97-98.

<sup>12</sup> Bkz. E.1963/106, K.1963/270, K.T. 11.11.1963, AMKD., Sayı 1, s.473.

<sup>13</sup> Bkz. E.1986/3, K.1986/15, K.T. 3.7.1986, AMKD., Sayı 22, s.175.

<sup>14</sup> Bkz. E.1985/1, K.1986/4, K.T. 25.2.1986, AMKD., Sayı 22, s.52.

gereken mahkeme dışında başka bir mahkemece yargılanamamasını, yani suçun işlenmesi anında o dâvaya bakmakla görevli mahkeme tarafından yargılanmasını ifade eder. Buna göre, işlenmiş bir suç için yeni bir mahkeme kurulması ya da hâkim atanması söz konusu olmamalıdır. Anayasanın “kanuni hâkim güvencesi”ne ilişkin 37. maddesine göre, “hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.”

Anayasanın bu hükmüne rağmen, kanuni hakim, her zaman, hukuk devletinin gereği olan “tabii hakim” anlamına gelmez. Nitekim, ülkemizde sıkıyönetim mahkemeleri ile devlet güvenlik mahkemelerinin özel mahkeme niteliği taşıması, tabii yargı yolu ilkesi ile uyumlu değildir.

*Ceza sorumluluğu ilkeleri:* Hukuk devletinde bireylerin cezaî sorumluluğuna ilişkin bazı ilkeler vardır. Suç ve cezalarla ilgili düzenlemelerin bu ilkelere uygun olması gerekir. Anayasanın, “suç ve cezalara ilişkin esaslar” başlığını taşıyan 38. maddesinde bu ilkeler şöyle düzenlenmiştir: “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez... Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur. Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz. Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz. Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez. Ceza sorumluluğu şahsidir. Savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları halleri dışında ölüm cezası verilemez. Genel müsadere cezası verilemez. Hiç kimse, yalnızca

sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz. İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir. Vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye geri verilemez.”

### C- Hukuk Devletini Sağlamanın Mekanizmaları

#### I. Yasama ve Yürütme İşlemlerinin Yargısal Denetimi

##### a) Yasama İşlemlerinin Yargısal Denetimi

Yasama organının hukukla bağlı olması yasama işlemlerinin hukuka aykırı olmamasını gerektirir. Yasama organı anayasaya aykırı kanun yapmamalıdır. Hukuk devletinin yerleşmesiyle, sadece yürütme işlemlerinin yargısal denetiminin vatandaşların haklarının korunması ve hukukî güvenliklerinin sağlanması için yeterli olmadığı anlaşılmış ve kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi de kabul edilmiştir. Türkiye’de de kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenebilmesi için Anayasa Mahkemesi kurulmuştur. Anayasa Mahkemesi, kanunların şekil ve esas bakımından Anayasaya uygunluğunu denetler (AY.m.148).

##### b) Yürütme İşlemlerinin Yargısal Denetimi

Hukuka bağlı olan yürütme organının bütün işlemlerinin hukuka uygun olması gerekir. Tarihî olarak kişi hak ve hürriyetleri pratikte yürütme organı tarafından ihlâl edildiği için, yürütme işlemlerinin keyfilikten kurtarılmasının ancak yargı denetimi ile sağlanabileceği anlaşılmıştır. Anayasa, “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” (m.125), hükmüyle yürütme işlemlerinin yargısal denetimini kabul etmiştir.

Ancak 1982 Anayasasında, 1961 Anayasasında olmayan birtakım istisnalara yer verilmiştir. Anayasanın *yargı denetimi dışında tut-*

*tuğu işlemler*, Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler (m.105/2, 125/2), Yüksek Askerî Şura kararları (m.125/2), Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları (m.159/4) ile uyarma ve kınama şeklindeki disiplin cezaları (m.129/3) dır. Bunların dışında 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu da (Ek.m.3), sıkıyönetim komutanlarının işlemlerini yargı denetimi dışında tutmuştur. Cumhurbaşkanının idarî işlem niteliğinde olmayan, yani devlet başkanı sıfatıyla yaptığı işlemlerin yargı denetimi dışında olması, onun siyasal sorumsuzluğunun bir gereğidir. Buna karşılık, Cumhurbaşkanının yürütme organının başı sıfatıyla yaptığı işlemler (idarî işlemler) ile diğer sayılan işlemlerin yargı denetimi dışında bırakılması hukuk devleti açısından doğru değildir.

Anayasanın 125. maddesi, *idarî yargı denetiminin niteliği ve sınırlarıyla* ilgili bazı hükümlere de yer vermiştir. Bu maddenin dördüncü fıkrasına göre, “yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez.” Esasen idarî yargının mahiyetinden doğan ve Anayasada ayrıca belirtilmesine gerek olmayan idarî yargının sınırlarına ilişkin bu hükümden çıkarılacak sonuçlar şunlardır<sup>15</sup>:

(1) İdarî yargı “yerindelik” denetimi değil, ancak “kanunilik” veya “hukuka uygunluk” denetimi yapabilir.

(2) İdarî yargı kararı idarî işlem ve eylem niteliğinde olamaz.

(3) İdarî yargı kararının içeriğinin yerine getirilmesi için yeni işlemler yapma görevi yargı organına değil, idareye aittir.

(4) Kanunun idareye takdir hakkı tanıdığı durumlarda, yargı organı bu takdirin yerindeliğini denetleyemez.

Anayasanın 125. maddesi (f.5) idarî yargının önemli unsurlarından olan “*yürütmenin durdurulması*” konusunu da düzenlemiştir. Buna göre, “idarî işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir.” Yürütmenin durdurulması da idarî yargının niteliğinden çıkarılabilecek yerleşmiş bir ilkedir. İdarî yargı organları yürütmenin durdurulması şartlarından olan “işlemin hukuka aykırı olması” şartını, “işlemin hukuka aykırı görünmesi” şeklinde değerlendirmelidirler. Çünkü işlemin gerçekten hukuka aykırı olup olmadığı ancak yargılamanın sonunda tam olarak anlaşılabilir<sup>16</sup>. Ancak Anayasaya göre (m.125/6) “kanun, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde ayrıca millî güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlandırabilir.” Bu hükmü hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırmak mümkün değildir.

Hukuk devleti ilkesi, idarenin kişilere verdiği zararlardan dolayı malî sorumluluğunun (tazminat sorumluluğu) kabul edilmesini de gerektirir. Anayasa *idarenin malî sorumluluğunu* kabul etmiştir. Anayasanın 125. maddesinin son fıkrasına göre, “idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.”

### c) Yargı Bağımsızlığı

*Yargı bağımsızlığı*, yargı organlarının, yasama ve yürütme organları karşısında bağımsız olması ve karar verirken kimseden emir almaması ve etkilenmemesini ifade eder (AY.m.138). Yargı bağımsızlığını sağlamak amacıyla Anayasa, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunu öngörmüş (m.159) ve hâkimlik teminatına ilişkin hükümler koymuştur (m.139). Yasama ve yü-

<sup>15</sup> Özbudun (1998), s.92.

<sup>16</sup> Özbudun (1998), s.92.

rütme işlemlerini denetleyecek olan yargı organlarının bağımsızlığının olmaması denetimin etkinliğini zayıflatabilir.

## 2. Diğer Hak Arama Yolları

Yargısal denetim dışında, dilekçe hakkı ve idarî başvuru gibi başka bazı hak arama yolları vardır<sup>17</sup>. Anayasamızın 74. maddesinde yer alan dilekçe hakkıyla ilgili düzenlemeye göre, “vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye’de ikamet eden yabancılar, kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir. Kendileriyle ilgili başvuruların sonucu, gecikmeksizin dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir.” Dilekçe hakkının kullanılmasyla ilgili usûl ve kurallar ise, 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun ile düzenlenmiştir.

İdarî başvuru ise, kişilerin idarî makamlara başvurarak kendileri hakkında işlem yapılmasını talep etmelerine imkân sağlayan bir hak arama yoludur. İdare hukukunun bireylere tanıdığı genel bir hak arama yolu olan idarî başvuru, idarî işlemlere karşı dâva açılmasında ise, İdarî Yargılama Usûlü Kanunuyla (m.11) “üst makamlara başvuru” adıyla dâvadan önce yerine getirilmesi gereken bir önşart olarak düzenlenmiştir.

## II. Türkiye’de Devletin Anayasal Üstünlüğü

### A- Devletin Kutsallığı ve Hikmet-i Hükümet Anlayışı

1982 Anayasası ilk düzenlemesinin daha başlangıcında “devletin kutsallığı”nı vurguladıktan sonra, “hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerleri-

nin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği”ni belirtmiştir.

Bülent Tanör’ün belirttiği gibi<sup>18</sup>, liberal anayasacılığın sadece bireye ve insan haklarına layık gördüğü “kutsallık” sıfatı, 1982 Anayasasında devleti taçlandırmak için kullanılmıştır. Anayasa açıkça bireyi ve sivil toplumu devlete tâbi tutmak istemiştir.

Anayasanın Başlangıcında yer alan “kutsal devlet” deyiminin 1995 değişikliğiyle “yüce devlet” biçimine dönüştürülmüş olmasının bir anlayış farklılığı meydana getirdiğini söylemek oldukça zordur. “Hiçbir düşünce ve mülahazanın koruma göremeyeceği”ne dair ifadenin, 2001 Anayasa değişikliği sürecinde, düşünce hürriyetinin önündeki önemli Anayasal engellerden birisini ortadan kaldırmak amacıyla partilerarası uzlaşma komisyonunca “hiçbir eylemin koruma göremeyeceği” biçiminde benimsenmesine rağmen, Meclis tarafından kabul edilen metinde “hiçbir faaliyetin koruma göremeyeceği” şekline dönüştürülmesi de, Anayasa koyucunun, ne üstün devlet anlayışından ne de düşünceleri yasaklama zihniyetinden taviz (!) vermeye niyeti olmadığını göstermektedir. Mustafa Erdoğan’ın haklı olarak işaret ettiği gibi<sup>19</sup>, günlük dilde panel,

<sup>18</sup> Tanör, Bülent, *İki Anayasa 1961-1982*, İstanbul 1986, s.133-134. Tanör, *1982 Anayasasının Devlet-birey dengesi ve hukuk devleti bakımından şu tercihlere yer verdiği görüşündedir:* i) Devlet-toplum ilişkilerinde Devlet, bireye; toplumsal gruplara ve örgütlere, bunların ortak faaliyetlerine ve kolektif hak ve özgürlükleri kullanabilmelerine; çalışan kesime, sınıflara ve sınıf mücadelesine; siyasal gruplara karşı, kısacası örgütlenmiş ve politize bir topluma karşı güçlendirilmiştir. ii) Genel hukuk rejimleri bakımından, Devlet siyaseti, hukukun üstünlüğü aleyhine; olağanüstü hal rejimleri, olağan yönetim usulü aleyhine; askeri yargı, sivil yargı aleyhine; polis rejimi, yargısal rejim aleyhine güçlendirilmiştir (Bkz. Tanör -1986-, s.151-153);

<sup>19</sup> Erdoğan, Mustafa, “Anayasa Değişikliklerinden Sonra Ne Kadar Demokratik Bir Anayasaya Sahibiz?”, Liberal Düşünce Topluluğu İzmir Grubu, Ege Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü ve Friedrich Naumann Vakfı Tarafından Düzenlenen ‘AB Yolunda Türkiye’nin 2001 Sonu Manzarası’ Sempozyumunda Sunulan Tebliğ (7 Aralık 2001, İzmir).

<sup>17</sup> Erdoğan (2001a), s109.



sempozyum, toplantı vb. düşüncelerin de açıklandığı birçok etkinliği ifade etmek için kullanılan “faaliyet” teriminin, hürriyetleri korumada pek de istekli görünmeyen mahkemelerimizce “eylem” anlamında dar yorumlanacağı oldukça kuşkuludur.

Anayasanın Başlangıcından, Anayasanın amacının, devlet iktidarını insan haklarıyla sınırlamak değil, kutsal ya da yüce devletin, insan hakları ve hukuk devletinden feragat pahasına da olsa, üstünlüğünü sağlamak olduğu sonucu çıkmaktadır. Anayasadaki bu üstün devlet anlayışı, devletin bireylere ve topluma karşı korunmasını, varlık ve bekasının sağlanmasını gerektirmektedir. Bu koruma için gerekli mekanizmalar da hukuk ve yargı düzeni (devlet güvenlik mahkemeleri gibi) içinde öngörülmüş bulunmaktadır.<sup>20</sup>

Türk anayasal-siyasal sistemine egemen olan “üstün devlet” anlayışının dayanaklarından birisi de, anayasa hukuku literatürümüzde özellikle Mustafa Erdoğan<sup>21</sup> tarafından işaret edilen ve eleştirilen “hikmet-i hükümet” felsefidir. Erdoğan, hikmet-i hükümet terimini “siyasetin devlet merkezli kavranması”, “siyasette devletçilik” ya da “devletçi siyasi felsefe” şeklinde tanımlamaktadır. Erdoğan’a göre, Türkiye’de kullanılan “devletin âli menfaatleri”, “milli menfaat”, “devletin korunması”, “Devlet politikası” gibi kavramlar hikmet-i hükümeti ifade etmektedir. Hikmet-i hükümet felsefesine göre de, “devletin ve devletluların yaptıklarının hikmetinden sual olunmaz, devlet katından sadır olan her türlü iş ve eylemde –çok kere vatandaşların idrak edemeyecekleri- bir hikmet saklıdır... Bu çerçevede, devlet toplumun (bir aygıtı) değildir, aksine toplum veya millet Devletindir. Hatta, toplum devletin malıdır, onun üstünde dilediği

gibi tasarruf edebilir. Devlet toplumun üstündedir; çünkü o kutsaldır, yücedir”<sup>22</sup>. Kısaca, devletin hikmeti, ahlak, adalet, insan hakları ve hukuktan bağımsızdır ve onlardan önce gelir. Devletin varlık ve bekası asıldır. Bütün diğer amaçlar, bu büyük amaca hizmet eder<sup>23</sup>.

Türk anayasal sisteminde devletin resmi bir ideolojisinin bulunması<sup>24</sup>, düşünce özgürlüğü temeline dayalı demokrasi teorisine göre siyasal açıdan tarafsız<sup>25</sup> olması gereken devletin üstünlüğü anlayışını daha da sakıncalı hale getirmektedir.

Türk hukukunda üstünlük sadece devlete değil, devletle ilgili hemen her şeye tanınmış bir hususiyettir. Örneğin, devletin alacağı, vatandaşın alacağından üstündür. Vatandaşın alacağı İcra İflas Kanunu hükümleri ile, devletin alacağı ise özel imtiyazlar öngören Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre takip edilir. Vatandaşın alacağına yüzde 70 oranında kanuni faiz, devletin alacağına yüzde 120 oranında gecikme zammı uygulanır.

## B- Anayasada Otorite-Hürriyet Dengesizliği

1982 Anayasasının en belirgin özelliklerinden birisi, doktrinde büyük çoğunluğun belirttiği gibi<sup>26</sup>, “hürriyet-otorite” dengesinde

<sup>20</sup> Bkz. Erdoğan, Mustafa, *Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset*, Ankara 2001, s.121.

<sup>21</sup> Bkz. Erdoğan, Mustafa, *Dersimiz Özgürlük*, İstanbul 2001, s.23-40.

<sup>22</sup> Erdoğan (2001c), s.37.

<sup>23</sup> Erdoğan (2001a), s.95.

<sup>24</sup> Erdoğan, Mustafa, *Demokrasi, Laiklik, Resmi İdeoloji*, Ankara 2000, s.3-18; Erdoğan (2001b): s.121-123. Karatepe, Şükrü, *Darbeler, Anayasalar ve Modernleşme*, İstanbul 1993, s.299-305; Özbudun (1998), s.358; Ayrıca Hak-İş tarafından düzenlenen bir sempozyumda bu konuda ileri sürülen çeşitli görüşler için bkz. Hak-İş Anayasa Kurultayı, (27,28,29 Şubat 1992), Ankara 1992, s.47-116.

<sup>25</sup> Bu konuda bkz. Arslan, Zühtü, “Anayasal Devletin Normatif Temelleri: Siyasal Tarafsızlık (I)”, *Liberal Düşünce*, Sayı 16, Güz 1999, s.5-19; Selçuk, Sami, *Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne*, Ankara 1999, s.73-75; Erdoğan (2000), s.303-305.

<sup>26</sup> Tanör (1986), s.127-138, 143-145; Özbudun (1998): s.38-39,75; Soysal (1986), s.194.

otoriteden yana tavır koymuş ve devleti birey karşısında korumaya çalışmış olmasıdır. Gerçekten de, 1982 Anayasası, hak ve hürriyetleri düzenlemiş, ancak getirdiği sınırlamalarla hak ve hürriyetlerin alanını oldukça daraltmıştır. Anayasanın bütününde devletin üstünlüğü ve otoritenin korunmasına vurgu yapan hükümler, bireylere hak ve hürriyet tanıyan hükümlerden açık biçimde fazladır.

1982 Anayasasında düzenlenen bütün bu hak ve hürriyetlerin milletlerarası andlaşma ve belgelerle kapsam bakımından büyük bir benzerlik göstermesi, hatta bazı hükümlerin aynen alınması, Anayasanın hazırlanmasında, bunlardan büyük ölçüde yararlandığı gerçeğini ortaya çıkarmaktadır. Ancak Anayasada yer alan temel hak ve hürriyetlere ilişkin sınırlamalar, uluslararası sözleşmelerde yer alan sınırlarla kıyaslanamayacak ölçüde fazladır. Hak ve hürriyetleri düzenleyen maddelerde genel bir yaklaşım olarak birer cümle ile haklar belirtilmiş, ancak hemen ardından gelen uzun ve ayrıntılı fıkralarda bu haklara ilişkin sınırlamaların neler olduğu açıklanmıştır.

1982 Anayasası ilk düzenlemesinde, temel hak ve hürriyetlerin hangi nedenlerle sınırlanabileceği hususunda, birinci olarak, bütün hürriyetler için geçerli olmak üzere bir takım "genel sebepler" saymış (m.13), ikinci olarak da, her hürriyetle ilgili özel sınırlama sebeplerine ilgili maddelerde yer vermiştir. *2001 tarihli Anayasa değişikliği* ile Anayasanın hürriyetlerin sınırlandırılmasıyla ilgili genel hükmü (m.13) önemli ölçüde değiştirilmiştir. Yeni düzenlemede 13. maddedeki genel sınırlama nedenleri kaldırılmış ve sınırlamanın sadece ilgili maddelerdeki özel sebeplere dayanılarak yapılacağı belirtilmiştir. Yine bu değişiklikte 13 üncü maddedeki sınırlamada uyulacak kriterlere, "hürriyetlerin özlerine dokunmamak, laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmamak" şartları eklenmiştir.

2001 tarihli Anayasa değişikliği ile 1982 Anayasasında otorite hürriyet dengesizliği kısmen düzeltilmek istenmişse de bu oldukça sınırlı kalmıştır. Hatta bazı bakımlardan mevcut düzenlemenin de gerisine gidilmiştir. En önemli değişikliklerden birisi olarak, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında kullanılan genel sınırlama sebepleri 13. maddeden çıkarılmış olmakla birlikte, bu sebepler Anayasanın hak ve hürriyetleri düzenleyen ilgili maddelerine serpiştirilmiştir. Örneğin, sadece suça azmettirme, hakaret ve sövme biçiminde kullanılma yasağı dışında hiçbir şekilde sınırlandırılmaması gereken düşünceyi açıklama hürriyeti, değişiklikten önce var olan sınırlama nedenlerinin yanısıra<sup>27</sup>, 2001 değişikliğine göre, "millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması" (m.26/2) amaçlarıyla da sınırlandırılabilir. Görüldüğü üzere, değiştirilen 13. maddedeki sınırlama nedenleri büyük ölçüde bu maddeye aktarılmıştır. Anayasadaki diğer hak ve hürriyetler bakımından da durum farklı değildir. Dolayısıyla, 1982 Anayasasının otorite-hürriyet dengesizliği, 2001 değişikliğinden sonra da hürriyetler aleyhine devam etmektedir.

### C- Hukuk Düzeninde Kamu Hukukunun Egemenliği

Hayek'e göre, evrensel davranış kuralları ile devletin örgütlenmesine ilişkin kurallar arasındaki fark, özel hukuk ile kamu hukuku arasındaki farkla yakından ilgili, hatta bazen

<sup>27</sup> Anayasanın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti"ni düzenleyen 26 ncı maddesinde yer alan (f.2) ve 2001 değişikliğiyle de aynen korunan sınırlama nedenlerine ilişkin hüküm şöyledir: "Bu hürriyetlerin kullanılmasında, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanununun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlandırılabilir."

aynıdır<sup>28</sup>. Hayek, kamu hukukunu belirli sonuçları almak için tasarlanmış organizasyon kuralları olarak adlandırırken, özel hukuku, amaç-bağımsız âdil bireysel davranış kuralları olarak nitelendirmekte<sup>29</sup> ve çağdaş gelişmeler sonucunda kamu hukukunun özel hukuku egemenliği altına aldığına işaret etmektedir. Yazara göre bu durum, liberal düzenin tahrip edilmesinin başlıca yollarından biridir. Çünkü, liberal düzen, aslında *özel hukuk toplumu* demektir<sup>30</sup>.

Hukuk düzenine kamu hukuku kurallarının egemen olması, başka bir ifadeyle, kamu hukuku kurallarının özel hukuk kurallarına nazaran fazla olmasının somut olarak nasıl bir sakınca doğurabileceği sorusu akla gelebilir. Böyle bir durumun iki farklı etkisinden ya da sonucundan söz edilebilir:

Birinci olarak bir hukuk düzeninde kamu hukuku kurallarının özel hukuk kurallarına göre fazla olması, bireylerin her türlü faaliyetlerinde devlet ile daha çok ve daha sıklıkla karşı karşıya gelmeleri sonucunu doğurur.

İkinci olarak da, böyle bir hukuk düzeni, o ülkede devlet faaliyetlerinin, devletin asli görevi olan adalet, savunma ve güvenlik hizmetlerinin yürütülmesi gibi alanların fazlaca dışına taşmasına yol açar ve bireysel girişimlerle yapılacak faaliyetlerin devletçe üstlenilmesi sonucunu doğurur (Nitekim, Türkiye’de devletin ekonomik faaliyetlerini –kamu iktisadi teşebbüsleri- ya da ekonomiye müdahalesini düzenleyen çok sayıda kanun mevcuttur). Bu ise, bireysel hak ve özgürlükler bakımından sakıncalıdır ve bireysel faaliyetleri daraltıcı niteliktedir.

<sup>28</sup> Hayek, Friedrich A., *Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük*, (Çeviren: Atilla Yayla), Ankara 1994, s.197.

<sup>29</sup> Hayek, Friedrich A., “Liberal Bir Sosyal Düzenin İlkeleri”, (Çeviren: Atilla Yayla), *Sosyal ve Siyasal Teori: Seçme Yazılar*, (Der: Atilla Yayla), Ankara 1999, s.180.

<sup>30</sup> Hayek (1999), s.178.

Mustafa Erdoğan da, “kamu hukuku emperyalizmi” olarak adlandırdığı bu eğilimin, bireysel özel alanların ve sivil toplum alanının giderek daralması sonucunu doğurabileceği tehlikesine işaret etmektedir<sup>31</sup>.

Kamu hukukunun hukuk düzenine egemen olması olgusu *Türk hukuk düzeni bakımından* da ciddi bir boyuta ulaşmış bulunmaktadır. Gerçekten de, Türkiye’de yürürlükte bulunan kanunların çok büyük bir bölümü kamu hukuku karakterlidir. Sosyal, ekonomik ve kültürel alanları oldukça ayrıntılı bir şekilde düzenleyen çok sayıdaki kanun, doğrudan ya da dolaylı olarak bireysel faaliyetleri kapsamaktadır. Örneğin, eğitim, toplantı, örgütlenme hürriyetlerinin kullanımı gibi bireysel ve sivil toplum alanına ilişkin faaliyetler, ya tamamen ya da büyük ölçüde, ancak kamusal kurallarla çizilen çerçevede yürütülebilmektedir. Dernek ve vakıf kurmak ya da bu tür örgütlenmeler altında faaliyette bulunabilmek için onlarca kamusal yükümlülüğü yerine getirmek zorunludur. Bu nedenle, aslında, bir dernekler kanununa ihtiyaç yoktur. Bireyler, anayasal dernek hürriyetine dayanarak serbestçe topluluk haline gelebilmeli ve faaliyette bulunabilmelidirler. Örneğin, İngiltere’de, örgütlenme hürriyeti bu şekilde kullanılmaktadır. Dernekler Kanunu, aslında, devletin bu hürriyete nasıl müdahale edeceğini düzenlemektedir.

Ülkemizde teşebbüs hürriyetini kullanmanın önünde yüzlerce mevzuat ve bürokrasi engeli vardır. En basit bir ticari faaliyette bulunan bir kişinin bu faaliyetiyle ilgili kamusal yükümlülükleri bile (*izinler, işyeriyle ilgili resmi işlemler, haksız vergi, fon ve prim ödevleri, denetimler, esnaf ya da ticaret odasına kayıt ve aidat ödeme zorunluluğu, 1980’lerde kaldırılan narh uygulaması gibi*), bu bireyin özel hukuk işlemlerinden az değildir. Bu kamusal ödevlerin

<sup>31</sup> Erdoğan (2001a), s.98.

önemli bir kısmı söz konusu faaliyetlere yönelik devlet müdahalesi niteliğindedir. Bazı ticari yatırımlar için yüzlerce muamelenin tamamlanması gerekmektedir.

#### D- Temel Kanunların Askeri Darbe ya da Muhtıra Dönemlerinde Yenilenmesinin Etkileri

Bir ülkede çeşitli faktörlerin etkisiyle gerçekleşen ihtilal, devrim, hükümet darbesi gibi yollarla siyasal rejimde kökten veya kısmi bir değişme ya da kesintinin ortaya çıkması durumunda, fiili iktidarı elinde tutan sosyal ve siyasal güçlerin yeni rejimin anayasasını yapması kaçınılmaz bir sosyal olaydır<sup>32</sup>. Böylece, bu değişimi gerçekleştiren güçlerin siyasal düşünce ve menfaatleri anayasaya yansiyacaktır. Bununla birlikte, geçici siyasal avantajları sağlamlaştırmak için yapılan anayasalar, yeni egemen güçler (galipler) arasında iktidar paylaşımını düzenlemekten başka bir önemi olmayan anayasalar niteliğindedir ve bunlar ancak son egemen siyasal güçleri ortaya çıkaran şartlar (faktörler) kadar kalıcı olabilirler<sup>33</sup>.

Ancak Türkiye’de askeri darbe ya da muhtıra dönemlerinde, sadece yeni anayasaların yapılmasıyla yetinilmeyerek, anayasal-siyasal sistemle ilgili temel kanunlar da yeniden çıkarılmaktadır. Bu yaklaşım, anayasayı yapan gücün siyasal düşüncelerinin bütün sistemi yeniden dizayn etmesini sağlamaktadır. Bireysel özgürlükler darbe anayasası ile yeterince sınırlanmaktadır. Anayasa ile tanınan haklar da bir anlamda kanunlarla geri alınmaktadır. Nitekim, Siyasi Partiler Kanunu, Dernekler Kanunu, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu ile bu hak ve hürriyetlerin kullanılması düzenlenirken, bu hürriyetlere Anayasa’da öngörülmeven ek sınırlamalar getirilmiştir.

<sup>32</sup> Preuss, Ulrich K., “The Politics of Constitution Making: Transforming Politics into Constitutions”, *Law and Policy*, April 1991, Vol. 13, No. 2, s.107.

<sup>33</sup> Przeworski, Adam, *Demokrasi ve Piyasa: Doğu Avrupa ve Latin Amerika’da Siyasal ve Ekonomik Reformlar*, (Çeviren: İlder Turan), Ankara 1995, s.34-35.

Öte yandan bu dönemlerde (Milli Güvenlik Konseyi dönemi) çıkarılan kanunlar ile yapılan idari işlemlerin yargı denetimi dışında tutulması devlet faaliyetlerini iyice hukuktan uzaklaştırmaktadır. Nitekim 1982 Anayasasının bu nitelikteki geçici 15. maddesinin son fıkrası<sup>34</sup>, aradan geçen 19 yıl içinde görülen birkaç başarısız denemeden sonra, ancak 2001 yılında yürürlükten kaldırılabilmiştir. Buna karşılık, söz konusu dönemde bu işlemleri yapanların cezai, mali ve hukuki sorumluluğunun bulunmadığına ilişkin hükümler (f.1,2) ise yine yürürlükten kaldırılamamıştır.

Anayasanın bu tür bir koruyucu hüküm koymak suretiyle anayasa yargısı denetimi dışında tuttuğu Millî Güvenlik Konseyi dönemi kanunları, Tanör<sup>35</sup> tarafından haklı olarak “*ikinci anayasa*” olarak nitelendirilmiştir. Sözü edilen dönemde çıkarılan kanunların genellikle temel öneme sahip seçim, siyasi partiler, bazı temel hak ve hürriyetler gibi konulara ilişkin olması, bunların anayasa yargısı denetimi dışında tutulmalarından doğan sakıncaları daha da artırmaktaydı. Anayasa değişikliğinden sonra, bu kanunların itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine götürülmesi artık mümkündür.

#### E- Devletçi Ceza Politikası ve Düşünce Suçları

Ceza kanunlarında yer alan, devlet otoritesini bireye karşı güçlendirmeyi ve devlet politikalarının eleştirilmesini engellemeyi amaç-

<sup>34</sup> Anayasanın geçici 15 inci maddesinin 2001 tarihli değişiklik ile yürürlükten kaldırılan son fıkrası, “12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye büyük millet Meclisinin Başkanlık Divanını oluşturuncaya kadar (7.12.1983 tarihine kadar) geçecek süre içinde, yasma ve yürütme yetkilerini Türk Milleti adına kullanan, 2356 sayılı Kanunla kurulu Millî Güvenlik Konseyi” dönemi içinde “çıkartılan kanunlar, kanun hükmünde karar-nameler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasaya aykırılığı”nın iddia edilemeyeceğini öngörmekteydi.

<sup>35</sup> Tanör (1986), s.113.

layan, devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlar ile düşünce suçları demokrasi ve hukukun üstünlüğünün sağlanması önünde ciddi bir engel oluşturmaktadır.

1991 yılında Türk Ceza Kanununun 140,141,142 ve 163. maddelerinin yürürlükten kaldırılması düşünce suçlarının hukuk düzeninden ayıklanması bakımından çok ileri bir adım olmuştur. Bununla birlikte Ceza Kanununda hala düşünce suçu öngören ya da mahkemelerce bu anlamda yorumlanan başka hükümler varlığını sürdürmektedir. Bu çerçevede özellikle Türk Ceza Kanununun 159. maddesinde düzenlenen “devlet organları ve kuruluşlarını tahkir ve tezyif suçu” ile 312. maddesinde düzenlenen (f.2) “halkı kin ve düşmanlığa açıkça tahrik suçu”<sup>36</sup>, mahkemelerce çoğu defa düşünce açıklamalarının cezalandırılması şeklinde uygulanabilmektedir. Benzer şekilde, Türk ceza Kanununun; “bazı resmi bilgilerin açıklanması” (m.132, 136,137), memleketin emniyetini tehlikeye atacak makaleler yayınlanması veya nutuk irat edilmesi (m.155), suç işlemeye teşvik (m.311) ve cürüm fiilini övme (m.311/1) gibi hükümleri de ifade ve eleştiri hürriyetini tehdit edici niteliktedir<sup>37</sup>. Dolayısıyla Türk Ceza Kanununun bu maddelerinin düşüncelerin cezalandırılmasına imkan vermeyecek bir tarzda değiştirilmesi zorunludur. Keza, Terörle Mücadele Kanununun “devletin bölünmezliği aleyhine propaganda”yı suç sayan 8 inci maddesi<sup>38</sup>, “ayrılıkçılık” boyutuna varmayan düşünce açıklamalarının da cezalandırılmasına imkan veren bir esnekliğe sahiptir<sup>39</sup>. Bu maddenin yeniden düzenlenmesinde de yarar vardır.

Ülkemizde çıkarılan af, şartlı salıverme ya da cezaların ertelenmesine ilişkin kanunlar, genel bir eğilim olarak bireylere karşı işlenen suçları kapsarken, devlete karşı işlenen suçları kapsam dışı tutmaktadır. Bu yaklaşım, devletin, bireye ve bireysel özgürlüklere üstün tutulduğunun bir başka göstergesidir. Örneğin 1974 tarihli Af Kanunu<sup>40</sup> ile Türk Ceza Kanununun 141 ve 142. maddeleri af kapsamı dışında tutulmuş, maddelerin kapsamına giren suçları işleyenler, ancak Anayasa Mahkemesinin affi genişletici nitelikteki kararından<sup>41</sup> sonra aftan yararlanabilmişlerdir. Yine, 2000 tarihli Şartlı Salıverme ve Erteleme Kanunu<sup>42</sup> ile de, devlete karşı işlenen suçlar (örneğin, m.125-157) ve bazı düşünce suçları (örneğin, m.312/2) kapsam dışı tutulmuştur.

Devlete karşı işlenen suçların af kanunlarının kapsamı dışında tutulması eğilimi, disiplin suçlarına ilişkin af kanunlarında da geçerlidir. Örneğin, 28.8.1999 tarih ve 4445 sayılı “Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun” (m.1), “devletin şahsiyetine karşı işlenen suçları” af kapsamına almamıştır.

#### F- İdari Yapılanmada Merkeziyetçilik ve Korporatizm

Türkiye'nin idari yapılanmasının büyük ölçüde merkeziyetçi ve korporatif bir niteliğe sahip olması, devletin üstünlüğünü pekiştiren unsurlardan bir başkasıdır.

1982 Anayasası merkeziyetçiliği daha da güçlendirmiştir. Bunun en önemli göstergeleri, merkezi idarenin yerel yönetimler üzerin-

<sup>36</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Gökçen, Ahmet, *Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü*, Ankara 2001.

<sup>37</sup> Tanör, Bülent, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Cilt 1, İstanbul 1991, s.95-96.

<sup>38</sup> Terörle Mücadele Kanununun 8. maddesi üzerine bir değerlendirme için bkz. Selçuk (1999), s.382-387.

<sup>39</sup> Tanör (1991), s.XIV.

<sup>40</sup> 15.5.1974 tarih ve 1803 sayılı “Cumhuriyetin 50 nci Yılı Nedeniyle Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun.”

<sup>41</sup> Anayasa Mahkemesinin bu kararı için bkz. E.1974/19, K.1974/31, K.T. 2.7.1974, *ATMKD.*, Yıl 1975, Sayı 12, s.259-272.

<sup>42</sup> 21.12.2000 tarih ve 4616 sayılı “23 Nisan 1999 Tarihinde Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartlı Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun.”

deki vesayetinin artırılması ve üniversitelerin Yükseköğretim Kurumuna bağlanmasıdır. Türkiye’de yerel yönetimlerin yetkileri ve gelir kaynakları, Batı ülkeleri ile kıyaslandığında oldukça zayıftır. Bu durum yerel yönetimleri iyice merkezi idareye bağımlı hale getirmektedir. Üniversitelerde ise, Cumhurbaşkanınca seçilen YÖK üyeleri ve rektörler ile YÖK tarafından atanan dekanlar güçlü yetkilerle donatılmış ve hiyerarşik bir yapılanma oluşturulmuştur<sup>43</sup>.

Öte yandan, mesleki kuruluşların “kamu kurumu niteliğinde” kabul edilerek Anayasa’da “idare” başlığı altında düzenlenmesi (m.135), “mesleki grupların, bürokratik yoldan belirlenen tek bir ‘ulusal çıkar’ anlayışı etrafında toplanmasını” öngören korporatif bir anlayışı yansıtmaktadır. Böylece bu mesleki kuruluşlar, birey, dernek, vakıf ve siyasi partilerden esirgenen bazı imtiyazların devlet tarafından kendilerine sağlanması karşılığında, resmi ideolojinin zorunlu sonucu sayılan devlet politikalarını desteklemektedirler<sup>44</sup>. Ancak bu devletçi rollerine karşın, mesleki kuruluşların, merkezi yönetim tarafından pek de benimsendiği söylenemez.

Öte yandan, kamu gücünü kullanma yetkisiyle de donatılan, mimar-mühendis odaları, tabip odaları, barolar, esnaf birlikleri, ticaret ve sanayi odaları gibi mesleki kuruluşların kendi “zorunlu üye”lerine ne derecede fayda sağladıkları da kuşkuludur. Aksine bu mesleki kuruluşlar, üyelerinden kanunlarla öngörülen aidatları gerektiğinde cebri tahsil yoluyla toplayarak, onların zaten ağır olan mali yükümlülüklerini artırmakla kalmakta, ticari ya da mesleki faaliyetlerinin hemen her aşamasında da birçok külfet yüklemektedirler. Örneğin, 2000-2001 yılların-

da tüccar ve esnaf büyük bir ekonomik kriz yaşarken, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği merkezinde üyelerden toplanan yaklaşık 400 milyon ABD dolarının nasıl harcanacağı sorun olmuştur. Yine aynı dönemde, ekonomik krizden çok olumsuz etkilenen dört buçuk milyon civarındaki esnaf perişan bir durumdayken, bunların üyesi bulunduğu Türkiye Esnaf ve Sanatkarlar Konfederasyonunun, üyelerine hiçbir yarar sağlayamadığı ve hatta yöneticilerin milyarlarla ifade edilen maaşlar aldıkları ve esnaftan zorunlu olarak toplanan aidatları üyelerinin neredeyse hiç yararlanmadığı gayrimenkullere ve sosyal tesislere harcandığı ileri sürülmüştür<sup>45</sup>. Son olarak bir diğer mesleki kuruluş olan Türkiye Barolar Birliğinin çabaları ile 2001 yılı içinde Avukatlık Kanununda önemli değişiklikler yapılmış, avukatlara vatandaşlara tanınmayan bazı imtiyazlar verilmesi sağlanmıştır. Ayrıca avukatlık gibi bir serbest meslek faaliyetinin yapılabilmesi için, *teşebbüs hürriyetiyle bağdaşmayacak şekilde* “sınav şartı” getirilmiştir.

Kuşkusuz bu eleştirilere karşılık, mesleki kuruluşların mevcut yapılanmalarının yerine nasıl bir örgütlenme şeklinin önerildiği sorulabilir. Kanaatimizce, devletle irtibatlı ve tekeli yapıya sahip mesleki kuruluşlar, kendi mensuplarına yeterince yarar sağlayamaz. Bu nedenle *her meslek alanında* “meslek ahlak ilkeleri”nin uygulanmasını izleyecek, devletten bağımsız ve birden çok mesleki kuruluş oluşturulmalı ve dileyen istediği kuruluşa üye olabilmelidir. Ancak bu bir yapılanmanın sağlanmasından sonra, mesleki kuruluşlar gerçekten “sivil toplum örgütü” olarak kabul edilebilir. Bugünkü yapılarıyla mesleki kuruluşların, sivil toplum kuruluşları olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Çünkü bunlarda zorunlu üyelik geçerlidir ve yönetimlerin al-

<sup>43</sup> Bu konuda ayrıca bkz. Tanör (1986), s.119-121.

<sup>44</sup> Erdoğan, Mustafa, *Liberal Toplum, Liberal Siyaset*, Ankara 1998, s.381.

<sup>45</sup> Bu açıklamalar, ATV Televizyonununun 16.11.2001 tarihindeki 19:00 Ana Haber Bülteninde çok geniş bir şekilde yer almıştır.

dığı kararlar bütün üyelere dayatılmaktadır. İnsan haklarının öznesinin bireyler olması, bir takım haklardan yararlanmanın belli bir kolektiviteye mensup olma şartına bağlı olmamasını gerekli kılar<sup>46</sup>. Öte yandan, bir sivil toplum kuruluşunda yöneticiler, hatta üyelerin çoğunluğu tarafından alınan kararların, bu kararlara katılmayanları bağlaması düşünülemez. Gerçek sivil toplum kuruluşlarında, üyelerin çoğunluk kararlarına katılmama ve üyelikten ayrılma hakları her zaman vardır.

#### **G- Devlet Memurunun “Devletçi” Mentalitesi, İdarede Amir Tahakkümü, Memurların Yargılanması ve Disiplin Hukuku Alanındaki Sorunlar**

Türkiye’de Anayasa ile tanınan haklar kanunlarla yeterince kısıtlanmakla kalmamakta, kanunlarla tanınan bir kısım haklar da önemli ölçüde idareciler tarafından geri alınmaktadır. Bu durumun başlıca nedeni ise, özellikle çeşitli yönetim kademelerindeki üst düzey devlet memurlarına ve genel olarak kamu görevlilerine vatandaşlara tanınmayan bir takım imtiyazların bahşedilmesi ve sorumluluklarının tam olarak belirlenmemiş ya da çeşitli mekanizmalarla önlenmiş olmasıdır<sup>47</sup>. Başka bir ifadeyle, Türk idare sisteminde bir bürokrat saltanatı söz konusudur. Örneğin, genel müdürler, üniversite rektörleri ya da benzeri konumdaki bürokratlar çok geniş mali kaynakları, sosyal tesisleri kontrol etmektedirler ve özlük hakları bakımından da oldukça iyi durumdadırlar. Bazı bürokratlar, çeşitli ek ve yan ödeneklerle, çok eleştirilen milletvekillerinden kat kat fazla ücret almaktadırlar. Öte yandan bazı kanunlar, örtülü idari emirler ya da sözlü talimatlarla bu yöneticilere, insan hakları ve hukuk devleti ilkeleri ile bağdaşmayacak tarzda *bireysel özgürlükleri gözetim ve denetim altında tutma*

*görevi* de verilebilmektedir. Hal böyle olunca bu yöneticiler görevlerinin devamı hatırına ya da imtiyazlarının yüzü suyu hürmetine vatandaşlarla ilişkilerde açıkça “devletçi” bir tutum izlemeyi yeğlemektedirler.

Devlet memurunun devletçi bir mentaliteye sahip olması, Anayasa ve kanunlarla tanınan özgürlüklerinin uygulamaya aktarılmamasına ya da uygulamada hukuki dayanağı olmayan özgürlük kısıtlamalarına yol açabilmektedir. Örneğin, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının kullanımında mülki amirlerin kısıtlayıcı tutumları, dernek kuruluşunda ya da faaliyetlerinde görülen kısıtlayıcı yaklaşımlar, devlet memurlarının çoğunlukla vatandaşlarla ilişkilerde “zorluk çıkarmaları”, bazı güvenlik personelinin yetkilerini aşan uygulamalar içine girmeleri, eğitim, sağlık vb. alanlarda kanunlarla açıkça vatandaşa tanınmış hakların verilmesinden imtina edilmesi, genelde, bu yaklaşımın bir sonucu olarak görülebilir. Bütün bu uygulamalar, ne yazık ki, ülkemizi “*kanun devleti*” statüsünün bile gerisine itmektedir. Dolayısıyla, Türkiye’de insan hakları ve hukukun üstünlüğünün sağlanamaması, hukuk kurallarının evrensel adalet ilkelerine uyumsuzluğu kadar, uygulamadaki aksaklıklara ve yanlışlıklara da bağlıdır.

Türk idare sisteminde genel olarak devlet memuruna tanınan özel statü ve korumanın, alt düzeydeki sıradan memurlar için fiilen uygulanmadığını özellikle belirtmek gerekir. Uygulamada Memurun Muhakematı Kanunu (Memurun Muhakematı Hakkında Kanun-ı Muvakkat) hükümleri<sup>48</sup> ve katı disiplin kurları, çoğunlukla alt düzeydeki kamu görevlileri üzerinde adeta demoklesin kılıcı gibi bir işlev görmektedir. Yolsuzluklara karışan üst düzey yöneticilerin yargılanması Memurun Muhakematı Kanunu ile önlenirken, eğer â-

<sup>46</sup> Erdoğan (2001a), s.124.

<sup>47</sup> Bu konuda ayrıca bkz. Erdoğan (2001c), s.38.

<sup>48</sup> Memur yargılanması hakkında karşılaştırmalı bir inceleme için bkz. Selçuk (1999), s.197-261.

mirlerinin himayesine mazhar değilse, sıradan memurlar için bu kanun bir koruma sağlamamaktadır. Türk hukukunda memur yargılamasında geçerli olan “yönetimden önceden izin alma” sistemi bütün memurları için kaldırılarak, önsoruşturma ve kovuşturma yetkisi tamamen yargı organlarına verilmelidir<sup>49</sup>.

İdari sistemimizde disiplin hukuku alanında da ciddi sorunlar mevcuttur. Uygulamada çoğu defa görevini gereği gibi yapan, yöneticilerin keyfi işlemlerine tepki gösteren memurlar, amirlerince disiplin soruşturmalarıyla hizaya getirilmektedir. Çünkü disiplin kuralları, âmirlere âdeta memurlara tahakküm etme yetkisi vermektedir. Genellikle amirler, şu ya da bu nedenle husumet duydukları memurlarına karşı disiplin kurallarını çok katı bir biçimde uygularken, çeşitli nedenlerle korudukları memurlarının disiplin suçlarını ise görmezlikten gelebilmektedirler. Dolayısıyla disiplin kuralları, aslında sıradan memurlar için ve çoğunlukla bir baskı aracı olarak kullanılır. Diğer yönetim birimleri bir yana, özgür bilim ortamı olması gereken üniversitelerde, Yükseköğretim Kanunuyla yöneticilere tanınan olağanüstü yetkiler, Devlet Memurları Kanunundaki disiplin hükümlerinden daha katı kurallar içeren disiplin yönetmeliği ile birlikte kullanılarak, öğretim elemanları sıkı bir denetim kaskacında tutulabilmektedir. Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği ile, yönetmeliğin adından da anlaşılacağı üzere, akademik özgürlüğe sahip olması gereken ve yaptıkları iş, nitelik olarak memurlardan çok farklı olan öğretim üyelerine, memurlarla aynı disiplin kurallarının uygulanması reva görülmüştür. Örneğin, bir memura verilebilecek görevler bir öğretim elemanına da verilebilir ve bu görev yerine getirilmezse disiplin suçu oluşur. Bu nedenledir ki, uygulamada öğretim

elemanları alt düzey memurlarla aynı kaderi paylaşmaktadırlar. Uygulamada öğretim üyesi, sırf basit emirleri yerine getirmediği gerekçesiyle ya da konuşmaları ve görüşlerinden dolayı cezalandırılabilirler.

Bütün bu nedenlerden dolayıdır ki, idari disiplin hukukunda köklü bir reform yapılması zorunlu hale gelmiştir. Bu çerçevede yapılacak en önemli değişiklik, âmirlerin disiplin cezası verme yetkilerinin kaldırılarak, sadece “disiplin cezası önerme” yetkisi ile sınırlandırmaktır. Amirlerce önerilecek disiplin cezaları bağımsız bir kurul (bir çeşit ombudsman) tarafından verilebilir. Bu şekilde oluşturulacak bağımsız kurullarca verilecek disiplin cezaları da yargı denetimine tâbi tutulmalıdır.

Öte yandan, adaletsiz ücret politikaları ve kamu görevlileri için söz konusu olan siyaset ve ticaret yasağı birlikte düşünüldüğünde, sıradan devlet memurlarının, ticaret, serbest meslek erbabı ve sendikalı işçilere kıyasla her bakımdan oldukça mağdur oldukları söylenebilir. Vaktiyle itibar, nüfuz ve refah kaynağı olan devlet memuriyeti, şimdilerde yoksulluğu çağrıştırmaktadır.

#### H- Yargı Kararlarında Devletçi Tutum

Ülke düzeyinde demokrasi, insan hakları ve hukuk devletinin kurumsallaşamamış olması, yargıların tutumunun belirlenmesinde de olumsuz bir etken olmaktadır. Ülkemizde otoriter rejim dönemlerinde devleti ve toplumu dönüştürme çabasında hukuk kuralları ve buna bağlı olarak yargı önemli bir rol oynamıştır. Bu nedenle Türk yargıcının hukuku yorumlama, doktrinin de “ideal hukuku” arama konusunda çekingenlikleri olmuştur. İnsan hakları bakımından yetersiz ancak yasakçı olmayan bir hukuk düzeninde yargıcın evrensel adalet ilkelerini iç hukuka aktarması daha kolaydır, buna karşılık yasakçı bir hukuk düzeninde yargıcın hukuk üretebilmesi

<sup>49</sup> Bu konuda bkz. Selçuk (1999), s.242-243.



pek mümkün değildir<sup>50</sup>. Türkiye’de Anayasa ve kanunlarla getirilen kısıtlamalar bu anlamda Türk yargıçlarını sınırlamıştır.

Öte yandan, çeşitli mahkemelerde özellikle, kamu hukuku alanında devletin taraf olduğu ya da siyasi niteliği olan davalarda, yargıçların, evrensel adalet ilkelerini göz önünde tutarak kuralları insan hakları lehine yorumlamak bir yana, mevcut kurallarla tanınan hak ve özgürlükleri daha da kısıtlayıcı bir tutum içine girebildikleri gözlemlenmektedir. Açıkça devletçi bir yaklaşımı ifade eden bu tutum, anayasa yargısı, idari yargı ve ceza yargılaması alanlarında daha belirgindir.

*Anayasa Mahkemesi:* Anayasallık denetimi yapmakla görevli Anayasa Mahkemesi, parti kapatma davalarında, özgürlükleri kısıtlayan kanunlar ile ekonomik konuları düzenleyen kanunların denetiminde, genelde *yasakçı ve devletçi* bir yaklaşım ortaya koymuştur.

Anayasa Mahkemesinin, iç hukukumuzun bir parçası sayılan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile getirilen kriterleri göz önüne almadan, Anayasa hükümlerini de oldukça dar yorumlayarak son yıllarda çok kolay bir şekilde verdiği parti kapatma kararları<sup>51</sup>, siyasi niteliği belirgin, bir anlamda devlet politikasını yansıtan kararlar olarak hafızalarda yer etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, din ve vicdan özgürlüğü alanını ilgilendiren kararlarında ise, din ve vicdan özgürlüğünün hukuki güvenesi olan laiklik ilkesini, bu özgürlüğü sınırlayan bir kavram olarak yorumlamış ve ibadet özgürlüğünün uygulamada kullanımını engelleyen tutumlara bir anlamda hukuki

dayanak oluşturmuştur<sup>52</sup>. Anayasa Mahkemesinin parti kapatma ve din ve vicdan özgürlüğünü kısıtlayıcı nitelikteki kararları, son yıllarda Türk anayasa hukuku literatüründe “militan demokrasi” adı altında “demokrasi teorisine yabancı” bir kavramın doğumuna da esin kaynağı oluşturmuştur<sup>53</sup>.

Yine Anayasa Mahkemesi, doksanlı yıllarda önüne gelen özelleştirme düzenlemelerinin tamamına yakını iptal etmek suretiyle, Anayasanın belli bir ekonomik modeli öngörmemesine rağmen, *devletçi bir ekonomik modeli* siyasi iktidarlara empoze etmiş ve hükümetlerin bazı ekonomik konularda kendi programlarını uygulamalarını engellemiştir. Bu kararlarında Anayasa Mahkemesi hukukilik denetimini aşarak, *yerindelik denetimi* yapmıştır<sup>54</sup>.

*İdare Mahkemeleri ve Danıştay:* Danıştay ve onun etkisindeki idare mahkemeleri, toplumsal mühendislik uygulamalarının yaygınlaştığı belli dönemlerde, ülkenin içinde bulunduğu genel siyasi konjoktürün etkisiyle, hak ve özgürlük ihlalleri karşısında otoriteden yana tavır koyabilmektedirler. Danıştayın, devlet memurları ve üniversite öğrencilerinin disiplin cezalarıyla ilgili içtihatları son yıllarda özgürlükleri daraltıcı yöndedir. Örneğin, Danıştay 12.Dairesi, memuriyetten men cezası alan kamu görevlilerinin, disiplin affından sonra otomatikman görevlerine dönmeleri gerektiği

<sup>52</sup> Anayasa Mahkemesinin bu nitelikte bazı kararları için bkz. E.1970/53, K.1971/76, K.T. 21.10.1971, *AMKD.*, Sayı 10, s.60-70; E.1989/1, K.1989/12, K.T. 7.3.1989, *AMKD.*, Sayı 25, s.148-152. Anayasa Mahkemesinin bu kararları doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir (Bkz. Erdoğan -2000., s.183-186,356-359; Selçuk -1999-, s.373-374,427-431).

<sup>53</sup> Militan demokrasi kavramı ve tartışmalar hakkında geniş bilgi için bkz. Hakyemez, Yusuf Şevki, *Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*, Ankara 2000; Çağlar, Bakır: “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi”, *Anayasa Yargısı* 7, AYM Yayınları, Ankara 1990, s.61-76.

<sup>54</sup> Anayasa Mahkemesinin, özelleştirme düzenlemeleri üzerindeki denetimi hakkında eleştirel bir yaklaşım için bkz. Erdoğan (2001a): s.206-218.

<sup>50</sup> Tanör (1991), s.336-337.

<sup>51</sup> 1982 Anayasası döneminde, Huzur Partisi, Refah Partisi, Fazilet Partisi, Türkiye Birleşik Komünist Partisi, Sosyalist Parti, Halkın Emek Partisi, ÖZDEP, Sosyalist Türkiye Partisi, DEP ve diğer birçok parti, “antilaik”, “komünist” ya da “bölücü” oldukları gerekçesiyle kapatılmıştır (Erdoğan -2001b-: s.206).

yolundaki yerleşik içtihadını son kararlarında değiştirmiş ve bu durumda olanların *ancak idarenin kabulü ile* eski görevlerine dönebilecekleri yolunda karar vermeye başlamıştır.

Öte yandan genel bir eğilim olarak idare mahkemeleri, “telafisi güç veya imkansız zararların doğması” ihtimaline karşı hakları ihlal edilen bireyler için önemli bir güvence oluşturan “*yürütmenin durdurulması*” kararlarını, bu konuyu düzenleyen İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerini (m.28) de bir anlamda bertaraf edecek şekilde hemen değil, idarenin cevabını aldıktan sonra vermektedirler. Bu uygulama, dava açıldığında en kısa sürede verilmesi gereken yürütmenin durdurulması kararlarının bazen aylarca gecikmesine ve kişilerin mağdur olmasına yol açmaktadır. Hatta bazen, hukuka aykırılığı açık ve telafisi güç zararlar doğuran idari işlemler hakkında istenen yürütmenin durdurulması talepleri, tatminkâr hukuki gerekçe gösterilmeden reddedilmektedir.

*Ceza Mahkemeleri:* Özellikle, devletin şahsiyetine karşı cürümlerle ilgili davalarda, mahkeme kararlarının gerekçeleri hukuk dışı mülahazalarla oluşturulabilmektedir<sup>55</sup>. Yine, Türk Ceza Kanununun düşünce suçu öngören 141, 142 ve 163. maddelerinin 1991 yılında yürürlükten kaldırılmasından sonraki dönemde, ceza mahkemelerinin, kaldırılan bu maddelerin yerine TCK’nun 312. maddesini ikame etme eğilimi içine girdikleri söylenebilir. Zira, yeni dönemde TCK m.312’ye istinaden verilen mahkumiyet kararlarında, önceki döneme nazaran bariz bir artış gözlemlenmektedir. Öte yandan, savcılarının tutumunda da zaman zaman sübjektif eğilimler göze çarpmaktadır. Örneğin, devlet organları ve kuruluşlarını tahkîr ve tezyîf suçunu düzenleyen TCK’nun 159. maddesinin kapsamına giren eylemler bakımından, savcılar,

belli kuruluşlara yönelik eylemleri en seri şekilde dava konusu yaparken, diğer bazı devlet organlarına, örneğin Türkiye Büyük Millet Meclisine ya da hükümete yönelik eylemler karşısında ise, ne yazık ki, aynı hassasiyeti göstermekten kaçınılmaktadırlar.

Giderek artan sayıda istisnaları olmakla birlikte, Türk yargıcının, genellikle evrensel adalet ilkelerine ve uluslararası insan hakları normlarına ve bunların bağlayıcı gücüne duyarsız, ideolojik açıdan taraf ve dar pozitivist bir hukuki ve mesleki formasyona sahip olması, yargıcının olumsuz tutumunun en önemli etkenidir<sup>56</sup>. Tarafsız ve nitelikli yargıçların yetişebilmesi için düşünülebilecek tedbirler çerçevesinde, hakimlik stajının, siyasi niteliği ağır basan Adalet Bakanlığı yerine, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca yürütülmesi de olumlu katkılar sağlayabilir.

Türk yargısının içinden bir yüksek yargıç, Sami Selçuk, yargıcının bağımsızlığı ve yargıçların tarafsızlığının önemi ve bunun nasıl sağlanabileceği hakkında şunları söylüyor<sup>57</sup>: “(N)esnel bir mantıkla davranan yargıç, hem yansızdır ve hem de kişisellikten arınmış bir yargıçtır. Her yargıcın da böyle olması zorunludur. Düşünsel ve psikolojik olarak bunu beceremeyenlerin yargıçlık yapmaya hakları yoktur. Çünkü onlar, daha işin başında önyargıyla doldurdukları bir beyne ve vicdana sahiptirler. Böyle bir beyin ve vicdan ise, yargıçlık yapmak için çok yaşlı ve çok hastadır... Türk hukukçusu ve özellikle yargıcı, yargılamanın ve yargı kararlarının kişisel ideolojilere, kaygılara, görüşlere, inançlara araç kılınmasına engel olmalıdır...”

### Sonsöz

Ülkemizde hukukun üstünlüğünün yerleşebilmesi için; üstün devlet anlayışı yerine, *bireyi esas alan* bir yaklaşımla, demokratik anaya-

<sup>55</sup> Bu konuda bazı örnekler için bkz. Tanör, (1991): s.338, dn.177, 178.

<sup>56</sup> Tanör (1991), s.339.

<sup>57</sup> Selçuk (1999), s.102.

salar, uluslararası sözleşmeler, Avrupa Konseyi ve AGİT (Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı) bünyesinde ortaya konulan demokratikleşme kriterleri ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları değerlendirilerek, geniş bir toplumsal katılım ve uzlaşma ile “insan hakları ve hukukun üstünlüğüne dayalı yeni bir demokratik anayasa” yapılması, kanunların ve diğer mevzuatın bu yeni anayasaya uyumlu hale getirilmesi ve nihayet başta idari organların işlem ve kararları olmak üzere, bu kuralların tam anlamıyla uygulamaya geçirilmesi gerekmektedir.

### Kaynaklar

- Arslan, Zühtü, “Anayasal Devletin Normatif Temelleri: Siyasal Tarafsızlık (I)”, *Liberal Düşünce*, Sayı 16, Güz 1999, s.5-19.
- Çağlar, Bakır, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi”, *Anayasa Yargısı* 7, AYM Yayınları, Ankara 1990, s.51-127.
- Erdoğan, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, Ankara 2001. (2001a)
- Erdoğan, Mustafa, *Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset*, Ankara 2001. (2001b)
- Erdoğan, Mustafa, *Dersimiz Özgürlük*, İstanbul 2001. (2001c)
- Erdoğan, Mustafa, *Liberal Toplum, Liberal Siyaset*, Ankara 1998.
- Erdoğan, Mustafa, *Demokrasi, Laiklik, Resmi İdeoloji*, Ankara 2000.
- Erdoğan, Mustafa, “Anayasa Değişikliklerinden Sonra Ne Kadar Demokratik Bir Anayasaya Sahibiz?”, *Liberal Düşünce Topluluğu İzmir Grubu, Ege Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü ve Friedrich Naumann Vakfı Tarafından Düzenlenen “AB Yolunda Türkiye’nin 2001 Sonu Manzarası” Sempozyumunda Sunulan Tebliğ* (7 Aralık 2001, İzmir).
- Gökçen, Ahmet, *Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tabrik Cürmü*, Ankara 2001.
- Hak-İş Anayasa Kurultayı, (27,28,29 Şubat 1992), Ankara 1992.
- Hakyemez, Yusuf Şevki, *Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*, Ankara 2000.
- Hayek, Friedrich A., “Liberal Bir Sosyal Düzenin İlkeleri”, (Çeviren: Atilla Yayla), *Sosyal ve Siyasal Teori: Seçme Yazılar*, (Derleyen: Atilla Yayla), Ankara 1999, s.171-185.
- Hayek, Friedrich A., *Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük*, (Çev: Atilla Yayla), Ankara 1994.
- Karatepe, Şükrü, *Darbeler, Anayasalar ve Modernleşme*, İstanbul 1993.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara 1998.
- Preuss, Ulrich K., “The Politics of Constitution Making: Transforming Politics into Constitutions”, *Law and Policy*, April 1991, Vol. 13, No. 2, s.107-123.
- Przeworski, Adam, *Demokrasi ve Piyasa: Doğu Avrupa ve Latin Amerika’da Siyasal ve Ekonomik Reformlar*, (Çev: İter Turan), Ankara 1995.
- Selçuk, Sami, *Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne*, Ankara 1999.
- Soysal, Mümtaz, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, İstanbul 1986.
- Tanör, Bülent, *Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, Cilt 1, İstanbul 1991.
- Tanör, Bülent, *İki Anayasa 1961-1982*, İstanbul 1986. (Tanör 1986)
- Yüzbaşıoğlu, Necmi, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul 1993.