

TC.
İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
SİYASET BİLİMİ VE KAMU YÖNERİMİ ANABİLİM DALI
KAMU YÖNETİMİ BİLİM DALI

TÜRKİYE’DE HUKUK DEVLETİNİN GELİŞİMİ VE
1982 ANAYASASI

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

ÖZLEM KOÇ

MAYIS 2019

TC.
İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
SİYASET BİLİMİ VE KAMU YÖNERİMİ ANABİLİM DALI
KAMU YÖNETİMİ BİLİM DALI

TÜRKİYE’DE HUKUK DEVLETİNİN GELİŞİMİ VE
1982 ANAYASASI

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

ÖZLEM KOÇ

DANIŞMAN

PROF.DR. AHMET NOHUTÇU

MAYIS 2019

ONAY

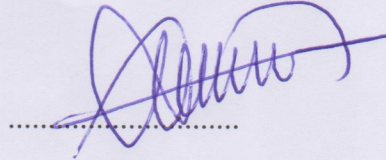
"Özlem KOC..... tarafından hazırlanan
Türkiye'de Hukuk Devletin
Gelişimi ve 1982 Anayasası başlıklı bu yüksek lisans/~~doktora~~ tezi,
.....Kamu Yönetimi..... Anabilim/bilim dalında hazırlanmış ve jürimiz
tarafından kabul edilmiştir.

JÜRİ ÜYELERİ

İMZA

Tez Danışmanı:

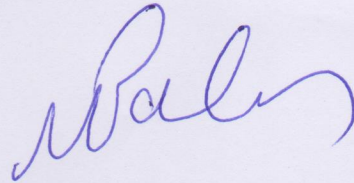
Prof. Dr. Ahmet Nohutçu



İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Üyeler:

Doç. Dr. Meral Balcı



Kurumu:

Marmara Üniversitesi

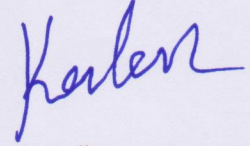
Dr. Öğr. Üy. Vaysele Kurt

Kurumu: İst. Medeniyet Üniversitesi

Tez Savunma Tarihi: 18. / 07. / 2019

BİLDİRİM

Hazırladığım tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu, akademik ve etik kuralları gözeterek çalıştığımı ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi taahhüt ederim.



ÖZLEM KOÇ

Danışmanlığını yaptığım işbu tezin tamamen öğrencinin çalışması olduğunu, akademik ve etik kuralları gözeterek çalıştığını taahhüt ederim.



PROF. DR. AHMET NOHUTÇU

ÖZET

TÜRKİYE’DE HUKUK DEVLETİNİN GELİŞİMİ VE 1982 ANAYASASI

Koç, Özlem

Yüksek Lisans Tezi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Kamu
Yönetimi Bilim Dalı

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Ahmet Nohutçu

Mayıs, 2019. 110 sayfa.

Teorik anlamda temelleri Antik Yunan düşünürlerine kadar götürülebilecek olan “hukuk devleti” kavramı, tarih içinde gerçekliğini; 1215 yılında Magna Carta ile başlayıp 1789’da İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi ile devam eden ve 1948 yılında İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ile sonuçlanan bir süreç içerisinde var etmiş sayılmaktadır. Bu anlamda, “hukuk devleti” kavramı temelde kendisini oluşturan iki kavram olarak “hukuk”, “devlet” ve bunlara ek olarak “adalet” mefhumu çerçevesinde işlenmektedir. Bu temel üzerine; temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması ve bunların ancak kanunla sınırlandırılabilmesi, devlet iktidarının sınırlandırılması ve kuvvetler ayrılığı, yasama ve yürütmenin işlemelerinin yargısal denetimi, yargı bağımsızlığı, kanuni idare, evrensel hukuk ilkelerinin geçerliliği, kanun önünde eşitlik, devlet faaliyetlerinin belirliliği ve idarenin mali sorumluluğu ilkeleri ile hukuk devleti bir bütün olarak inşa edilmektedir. Bu bağlamda, biz de bu çalışmamızda, “Sened-i İttifak” ile başlayıp 2017 Anayasa değişikliğine kadar uzanan süreçte ülkemizde yaşanan Anayasal gelişmeleri hukuk devleti kavramı çerçevesinde; hem hukuk, devlet ve adalet hem de söz konusu hukukun evrensel ilkeleri kapsamında inceleyecek ve böylece “mümkün olan en iyi anayasa” üzerinde yürütülen düşünsel çabalara birtakım katkılar sağlamaya çalışacağız.

Anahtar Kelimeler: Hukuk, Devlet, Hukuk Devleti, Anayasa, 1982 Anayasası.

ABSTRACT

THE PROGRESSION OF THE STATE OF LAW IN TURKEY AND 1982 TURKISH CONSTITUTION

Koç, Özlem

Master Degree Thesis, Department of Political Science and Public Administration,
Master Degree Program of Public Administration

Adviser of the Thesis: Professor Dr. Ahmet Nohutçu

May, 2019. 110 pages.

Although its theoretical basis could be found in the ideas of the Ancient Greek thinkers, the realization of the “state of law” in the history is seen within the process which started in 1215 with Magna Carta Libertatum, continued in 1789 with the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen and reached its peak in 1948 with the Universal Declaration of Human Rights. In this perspective, the conception of the “state of law” is treated in the framework of “law”, “state” and additionally “justice”. On this base, the state of law is built as a whole on the principles of the restricting fundamental rights and freedoms by law, the limitation of state power and seperation of powers, the judicial review on legislative and executive bodies, the independence of judiciary, the constituional state, the rule of law, the equal protection of law, the clarity and definiteness of executive action, the liability of administration in tort. In this context, in our work, we will examine the constitutional developments of our country from “Sened’i İttifak” to the constitutional amendments in 2017, within the framework of the concept of state of law; in the scope of law, state and justice and of the universal law principles, thus we hopefully can provide some contributions to the intellectual endevaour on the “best possible constitution”.

Keywords: Law, State, State of Law, Constitution, 1982 Turkish Constitution

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	i
ABSTRACT.....	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	vii
GİRİŞ	1
BÖLÜM I.....	4
1.1. HUKUK DEVLETİNDEN ÖNCEKİ DEVLET AŞAMALARI.....	4
1.1.1. Mülk Devleti	4
1.1.2. Polis Devleti	5
1.1.3. Hazine Kuramı	5
1.2. HUKUK DEVLETİ DÜŞÜNCESİNİN ORTAYA ÇIKIŞI VE TARİHİ GELİŞİMİ	6
1.2.1. Magna Carta Libertatum	7
1.2.2. Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi.....	8
1.2.3. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi	9
1.2.4. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	10
1.3. HUKUK DEVLETİ	11
1.3.1. Kavram ve Terminoloji.....	12
1.3.1.1. Devlet Kavramı.....	12
1.3.1.2. Hukuk Kavramı.....	13
1.3.1.3. Hukukun Adaletle İlişkisi	14
1.3.1.4. Hukuk Devletinin Tanımı	15
1.4. HUKUK DEVLETİNİN ÖGELERİ/ EVRENSEL UNSURLARI/ İLKE VE ESASLARI.....	17
1.4.1. Temel Hak ve Özgürlüklerin Güvence Altına Alınmış Olması ve Ancak Kanunla Sınırlanabilmesi.....	17
1.4.2. Kuvvetler Ayrılığı	19
1.4.3. Yasama İşlemlerinin Yargısal Denetimi ve Normlar Hiyerarşisi	20
1.4.4. Yürütme ve İdarenin İşlemlerinin Yargısal Denetimi.....	22
1.4.5. Yargı Bağımsızlığı ve Yargıç Güvencesi.....	25
1.4.6. Kanuni İdare (Yasal Yönetim).....	26

1.4.7.	Hukukun Genel İlkelerinin Geçerliliği.....	27
1.4.8.	Kanun Önünde Eşitlik İlkesinin Benimsenmesi	28
1.4.9.	Devlet Faaliyetlerinin Belirliliği (Düzenli/İstikrarlı İdare).....	29
1.4.10.	İdarenin Mali Sorumluluğu	30
BÖLÜM II.....		31
TÜRKİYE’DE HUKUK DEVLETİNİN GELİŞİMİ.....		31
2.1.	CUMHURİYET ÖNCESİ DÖNEM	31
2.1.1.	SENED-İ İTTİFAK (1808).....	32
2.1.1.1.	Sened-i İttifak’ın Hukuk Devleti Açısından Değeri.....	33
2.1.2.	GÜLHANE HATT-I HÜMAYUNU	34
2.1.3.	ISLAHAT FERMANI.....	37
2.1.4.	KANUN-İ ESASİ	38
2.1.4.1.	Kanun-i Esasi’nin Hukuk Devleti Açısından Değeri.....	40
a.	Temel Hak ve Özgürlükler	40
b.	Kuvvetler Ayrılığı	41
c.	Yasama ve Yürütme İşlemlerinin Yargısal Denetimi ve Normlar Hiyerarşisi	42
d.	Yargı Bağımsızlığı ve Yargıç Güvencesi	43
2.1.5.	KANUN-İ ESASİ’DE 1909 DEĞİŞİKLİKLERİ	43
2.1.5.1.	Kanun-i Esasi’de 1909 Değişikliklerinin Hukuk Devleti Açısından Değeri.....	44
2.1.6.	1921 TEŞKİLAT-I ESASİYE KANUNU	45
2.1.6.1.	1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nun Hukuk Devleti Açısından Değeri.....	46
2.2.	CUMHURİYET SONRASI DÖNEM	47
2.2.1.	1924 TEŞKİLATI ESASİYE KANUNU	48
2.2.1.1.	1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nun Hukuk Devleti Açısından Değeri.....	49
a.	Temel Hak ve Özgürlükler	49
b.	Kuvvetler Ayrılığı	50
c.	Yasama İşlemlerinin Yargısal Denetimi ve Normlar Hiyerarşisi.....	51
d.	Yürütme İşlemlerinin Yargısal Denetimi	52
e.	Yargı Bağımsızlığı ve Yargıç Güvencesi	53
2.2.2.	1961 ANAYASASI.....	54

2.2.2.1. 1961 Anayasasının Hukuk Devleti Açısından Değeri	49
a. Temel Hak ve Özgürlükler	55
b. Kuvvetler Ayrılığı	57
c. Yasama İşlemlerinin Yargısal Denetimi ve Normlar Hiyerarşisi.....	58
d. Yürütme İşlemlerinin Yargısal Denetimi	59
e. Kanuni İdare (Yasal Yönetim)	60
f. Yargı Bağımsızlığı ve Yargıç Güvencesi	60
g. Hukukun Genel İlkelerinin Geçerliliği.....	61
h. Kanun Önünde Eşitlik İlkesi	62
2.2.3. 1961 Anayasası 1971 ve 1973 Değişiklikleri.....	62
a. Temel Haklara Getirilen Sınırlamalar	62
b. Yürütmenin Güçlendirilmesi	63
c. Yargı Denetimine Getirilen Sınırlamalar	64
BÖLÜM III	65
1982 ANAYASASI.....	65
3.1. 1982 ANAYASASI'NIN MUHTEVASI.....	66
3.2. 1982 ANAYASASI'NIN HUKUK DEVLETİ AÇISINDAN DEĞERİ ...	66
3.2.1. Temel Hak ve Özgürlükler.....	68
3.2.1.1. 1982 Anayasası'nda 2001-2004 Değişiklikleri.....	72
3.2.2. Kuvvetler Ayrılığı	74
3.2.3. Yasama İşlemlerinin Yargısal Denetimi ve Normlar Hiyerarşisi	75
3.2.4. Yürütme İşlemlerinin Yargısal Denetimi.....	80
3.2.5. Yargı Bağımsızlığı ve Yargıç Güvencesi.....	82
3.2.6. Kanuni İdare (Yasal Yönetim).....	85
3.2.7. Hukukun Genel İlkelerinin Geçerliliği/ Hukukun Genel İlkelerine Bağlılık.....	87
3.2.8. İdarenin Mali Sorumluluğu	89
3.2.9. Adil Yargılanma Hakkı, Herkesin Hak Arama Özgürlüğüne Sahip Olması/ Ceza Sorumluluğunun İlkeleri	89
3.2.10. Kanun Önünde Eşitlik	91
3.3. 16 Nisan 2017 Değişikliklerin Hukuk Devleti Açısından Değeri.....	91
SONUÇ	97
KAYNAKÇA.....	105

KISALTMALAR

ABD : Amerika Birleşik Devletleri

a.g.e. : Adı geçen eser

a.g.m. : Adı geçen makale

AİHM : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AİHS : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AMKD : Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi

AÜHF : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

AÜSBF : Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

AYİM : Askeri Yüksek İdare Mahkemesi

HSYK : Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu

İÜHF : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

KHK : Kanun Hükmünde Kararname

md. : madde

s. : sayfa

TBB : Türkiye Barolar Birliği

TBMM : Türkiye Büyük Millet Meclisi

YAŞ : Yüksek Askeri Şura

YHK : Yüksek Hakimler Kurulu

GİRİŞ

Ülkemizde son yıllarda yapılan Anayasa değişiklikleriyle birlikte yeniden gündeme gelen *Hukuk Devleti* kavramı; bu kavramın ne olduğu, hangi temeller üzerine kurulması gerektiği, hangi ilkeler bağlamında yükseldiği yeniden hukuk konusundaki tartışmaların odak noktası olmuştur.

Biz de bu çalışmamızda, hukuk devleti mefhumuna geçmeden önce, ilk olarak, hukuk devletinden önceki devlet aşamalarına kısaca değineceğiz. Böylece, devletin, egemenin malı sayıldığı Mülk devletinden ve yasaları olduğu halde onunla bağlı olmayan sınırsız ve sorumsuz bir egemenlik olarak Polis devletinden, hukuk devletine giden yolun izini süreceğiz.

Sonra, hukukun üstünlüğü düşüncesinin ilk tohumlarını atan Magna Carta, doğal (tabii haklar) haklar doktrinine dayandırılan 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi ve insan haklarının uluslararası korunmasında evrensel nitelikte önemli bir belge niteliğinde olan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ile uluslararası belgelerde hukuk devletinin gereklerinin ortaya çıkışını göstermeye çalışacağız.

Evrensel olarak, yani dünyada yaşanan durumların gereği olan gelişmelerin sonuçları, bize özellikle “*hukuk*” ve “*devlet*”in ayrılığı bağlamında ve bunların arasındaki ilişkide “*adalet*” in ön plana çıkması anlamında bir temel sağlamıştır. Bu temel özellikle kuvvetler ayrılığı fikri üzerinden gelişmiştir. Kuvvetler ayrılığı fikrinde, yargı özellikle yasama ve yürütmenin karşısında bağımsız ve onlar üzerinde denetim sağlayan bir konumdadır.

Bu bağlamda, hukuk devletinin gerçekleşmesinde rol oynayan ilkelerden mühim gördüğümüz bazıları şu şekildedir: Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması ve korunması, kuvvetler ayrılığı, yasamanın ve yürütmenin yargısal denetimi, yargının bağımsızlığı ve yargıç güvencesi, kanun önünde eşitlik, kanuni idare ve idarenin mali sorumluluğu.

Biz de bu çalışmamızda hukuk devletinin yukarıda saydığımız ilkelerini açıklarken eş zamanlı olarak şu soruların cevabını da arayacağız: Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınabilmesi için, onların sadece anayasa metninde yazılı olması yeterli midir? Temel hak ve özgürlüklerin öz'üne dokunulamaması nasıl mümkün olacaktır? Bu noktada, devlet otoritesi ile birey özgürlükleri arasındaki denge nasıl sağlanacaktır? Tüm gücün bir el de toplanması, onun kötüye kullanımına sebep olabilir mi? Güç temerküzü nasıl önlenilecektir? Kuvvetlerin birbirine karşı fren ve denge (checks&balances) işlevi görecektir şekilde çalışması mümkün müdür? Yasaların anayasaya uygunluğunun yargı yoluyla denetlenmesi niçin önemlidir? Hukuk devleti, keyfi yönetimi neden dışlar? Bu noktada, İdarenin hukuki tasarruflarını bağlayacak ve sınırlandıracak üstün kurallara gerçekten ihtiyaç var mıdır? Yargı neden “primus inter pares” yani “eşitler arasında önde gelen” konumdadır? Yargının siyasallaşması sakıncalı mıdır? Bu noktada, yargı bağımsızlığı ve hakim güvencesi neden önemlidir? İdare'nin edimlerinin hukuksal temelini ve sınırlarının kanunlarda ya da hukuk metinlerinde bulunması neden gereklidir?

İkinci bölümde, hukuk devletinin Türkiye'deki gelişimine bakarken, hukuk devleti konusunda en yoğun değişim ve dönüşümlerin yaşandığı cumhuriyet dönemini dönüm noktası alacağız. Ve böylece, konuyu cumhuriyet öncesi ve cumhuriyet sonrası dönemler olarak ayırarak işleyeceğiz.

Bu bölümde hukuk devletinin gelişimini anayasalar ve anayasal belgeler üzerinden takip edecek ve değerlendireceğiz. Öncelikle Cumhuriyet öncesi dönemde, Sened-i İttifak ile başlayarak, onun getirdiği yeniliklerin gerçekten bir anayasal gelişme olup olmadığı tartışacağız. Sonrasında sırasıyla ele alacağımız, Gülhane Hattı Hümayunu ve Islahat Fermanı'nın da Sened-i İttifak'tan ayrılan yönleri ve tekrarlayan yönlerini göstereceğiz.

Kronolojik olarak devam ederek sürdürdüğümüz çalışmamızda, daha sonrasında Kanun-i Esasi'nin hukuk devletine giden yolda ilk sıçrayış olarak görülmesi ve anayasal metin olarak sayılmasıyla beraber neleri sağladığını, hangi yönlerden yine de noksan kaldığını göstermeye çalışacağız.

1921 ve 1924 Anayasalarına sırasıyla ve ana hatlarıyla bakarak, hukuk devleti açısından değerlerini, hukuk devletinin evrensel ilkeleri üzerinden okumaya çalışacağız.

1961 Anayasası, sağladığı temel hak ve özgürlük genişlemesiyle beraber, özgürlüğü ve demokratikliği mi sağlamıştır; yoksa, yeni getirdiği ve kurduğu kurumlarla beraber, Anayasa Mahkemesi, Milli Güvenlik Kurulu ve Cumhuriyet Senatosu gibi, vesayetçi tutum mu sergilemiştir? Ve dolayısıyla, antidemokratik bir eğilimin mi habercisidir, yoksa Türkiye’ye gerçekten “bol” mu gelmiştir? Bunu da tartışacağız.

1961 Anayasası’nda, 1971-1973 değişiklikleriyle sinyalleri verilen, temel hak ve özgürlükler kısmının daraltılması; 1982 Anayasası ile zirveye mi ulaşmıştır, yoksa 1982 Anayasası’nda ülkenin içinde bulunduğu kaotik/karmaşık sürece uygun olarak yeni bir yaklaşım mı benimsenmiştir?

Son olarak, üçüncü bölümde, 1982 Anayasası’nı orijinal/özgün metni (ilk hali) üzerinden okuyarak, Türkiye’ye “dar” gelip gelmediğinden, ondaki hangi özelliğin/özelliklerin onun üzerinde değişiklik yapılmasını gerektirdiğinden ve neye bağlı olarak değişikliklerin yapıldığından çalışmamızda söz edilecektir.

Ve en nihayetinde hukuk devleti anlamında, Türkiye’nin hem yaşadığı gelişmeler hem de şu an içinde bulunduğu mevcut durum işlenip, çalışmamız bir sonuca vardırılacaktır.

BÖLÜM I

1.1. HUKUK DEVLETİNDEN ÖNCEKİ DEVLET AŞAMALARI

1.1.1.Mülk Devleti

Devlet'in, toprağı ve üzerinde yaşayanlarla, denizleri ve dağlarıyla orada 'egemen'lik kuranın malı sayıldığı Mülk Devleti¹, belli bir toprak parçasının, askeri, ya da mali birtakım hizmetler karşılığı olarak verilmesinden doğan, ortaçağın derebeylik sistemine dayanır.² Toprağına sahip olan kişi siyasal iktidarın da sahibidir. Feodal beyin toprakları üzerinde yasama, yürütme ve yargıya ilişkin yetkileri bulunmaktadır.³ Ortaçağ feodal sisteminin etkisi idari teşkilat üzerinde de görülür. Sahip oldukları topraklar üzerinde geniş yetkilere sahip derebeylerinin, bu yetkileri vazife gereğı değil, şahıslarına bağılı, adeta patrimonial birer hak niteliğindedir.⁴

Mülkiyete dayalı kamu gücü, hükümdar, derebeyleri ve ayrıcalıklı sınıflar arasında parçalanmış ve dağılmıştır. Nitekim yargı alanında da benzer bir bölünme söz konusudur. Kamu-özel hukuk ayrımı gelişmemiştir. Devlet, üzerinde yaşayanlarla beraber hiçbir sorumluluk ve sınırlamaya tabi olmayan yöneticilerin malı sayılmıştır. Bu feodal sistem içinde hukuk devletinden söz edebilmek mümkün değildir.⁵ Hükümdarların/merkezi otoritenin güçlenmesiyle mülk devleti anlayışı yerini polis devletine bırakmıştır.

¹ İl Han Özay, Günışığında Yönetim, Alfa Yayınları, İstanbul, 1996, s.25.

² A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s.33

³ Ayferi Göze, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, 8.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1998, s.64.

⁴ S. Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları 1.cilt, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1960, s.113

⁵ Ahmet Nohutçu, Devlet Teşkilatı Hukuku cilt 2, 2.Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2017, s.37.

1.1.2. Polis Devleti

Polis Devleti kavramı, feodalitenin yıkılışından sonra, 17. ve 18. yüzyıllarda ilk kez Almanya’da ortaya çıkan ve Kara Avrupası’nda egemen olan mutlakiyetçi monarşileri ifade etmek için kullanılmıştır.⁶ Polis devleti, toplumun refahı için muhtelif tedbirler alan ve vatandaşların bütün işlerine karışarak, haklarını kısıtlama yetkisine sahip olan mutlak hükümdarlığı ifade eder.⁷

Hükümdar, faaliyet ve tasarruflarını kendisi için değil, devlet namına icra eder. Fakat yetkilerini kullanırken tebaasına karşı hukuk kurallarıyla bağlı değildir. İdare hiçbir hukuk kuralıyla bağlı olmadığından, güç ve yetkileri tamamen takdire dayanır ve hiçbir denetime, dolayısıyla yargısal denetime de tabi değildir.⁸ Yani polis devletinde bir hukuk mevcuttur fakat devletin bu hukukla bağlılığı söz konusu değildir. Sınırsız bir yetkiyle donatılan bu devlet, bireyler ve topluluklar üzerinde dilediğince yetki kullanabilmektedir.⁹

Bütün kuvvetler monarkın elinde toplandığından, erkler ayrılığı ya da bağımsızlığı da söz konusu değildir.¹⁰ “Kral hata yapmaz” düşüncesine dayanan, monarkın kişilerin temel hak ve özgürlüklerini ihlal etmekte bir sınır veya sorumluluk taşımadığı polis devletinde hukuktan ya da hukuki güvenceden bahsetmek mümkün değildir.¹¹

1.1.3. Hazine Kuramı

Menşei Roma Hukuku olan Hazine Teorisi (Fiskustheorie), 18. Yüzyılın sonlarında Almanya’da ortaya çıkmış ve geliştirilmiştir. Bu kuram ile, devlet hazinesine hükümdarın dışında ayrı bir tüzelkişilik tanınmıştı. Böylelikle, idarenin icraatları sebebiyle zarar görenler ve hak ihlaline uğrayanlar, bunun mali karşılığını yargı yolu ile temin edebiliyorlardı.¹² Kamu gücünü kullanarak faaliyette bulunan İdare’ye karşı

⁶ Nohutçu, a.g.e., s.37.

⁷ Mümtaz Soysal, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 10.Baskı, Gerçek Yayınevi, İstanbul 1993, s.158.

⁸ Onar, a.g.e., s.115.

⁹ Selahattin Akkuş, aktaran: Mehmet Akad, Bihterin Vural Dinçkol, Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, Ekim 2006, s.363.

¹⁰ Abdullah Sezer, Emrah Kırıt, Oya Boyar, Hukuk Devleti, 1. Basım, Toplumsal Katılım ve Gelişim Vakfı, İstanbul, 2003, s.14.

¹¹ Nohutçu, a.g.e., s.37.

¹² Metin Günday, İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2015, s.38.

yargıya başvuramayanlar ise, özel hukuk vasıtasıyla Hazine'ye dava açarak, zararı tazmin edebilmekteydi.¹³

Sadece verilen zararın tazmin edilebildiği, fakat devletin faaliyetlerinin hukuka aykırılığının iddia edilmesinin mümkün olmadığı bu sistemde de, hukuk devletinden bahsedebilmek olanaksızdır. Devlet ve hazineyi iki ayrı tüzel kişiliğe bölerek, devletin mali işlerini özel hukuk hükümlerine dayandıran bu sistemin sakıncaları sebebiyle hazine kuramından zamanla vazgeçilerek, devleti ve maliyeyi tek devlet tüzel kişiliği içinde gören hukuk devletine geçilmiştir.¹⁴

1.2. HUKUK DEVLETİ DÜŞÜNCESİNİN ORTAYA ÇIKIŞI VE TARİHİ GELİŞİMİ

“Hukuk Devleti” kavramı ilk kez, 1860’larda Almanya’da Bahr ve Gneist adlarında iki hukukçu tarafından kullanılmıştır. Bu kavramın temelleri ise, Fransız Devrimi ile birlikte oluşmaya başlamıştır. Hukuk gibi hürriyet de bütün insanların müşterek nimeti olduğundan, hürriyet endişesi Fransız İhtilâlinden bu yana süregelmiştir. Anlaşılmıştır ki, tıpkı sıhhat gibi hürriyetin de kaybedilmesi mümkündür. O zaman, hürriyetten yoksun kalmanın korkusu kendisini bilhassa toplumsal ve siyasi alanda hissettirmeye başlamıştır.¹⁵ Yöneticilerin keyfî tavırları ve kanunsuz işlemleri bireylerin hür bir hayat sürdürebilmesinin önündeki en büyük engel olarak görülmüştür.¹⁶

Hukuk Devleti, egemenliğin kişi ve soylardan millete geçtiği ve kurumlar aracılığıyla müşterek olarak kullanıldığı düzenin adıdır. En bariz özellikleri ise, her kişi ve kuruluşu bağlayan hukuk kurallarının varlığı ve her bir organın yargı denetimine tabi olmasıdır.¹⁷ Hukuk devletinin gelişimi, yönetenleri ile yurttaşları aynı düzeye getirerek, iktidarı kutsal olmaktan çıkarmıştır. Kanunlar artık hükümdarın

¹³ Gözübüyük ve Tan, a.g.e., s.34.

¹⁴ Nohutçu, a.g.e., s.38.

¹⁵ Orhan Münir Çağıl, “Felsefenin Işığında, Hürriyet, Adalet, Hukuk Devleti ve Hukuk Kültürü”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XXII, sayı 1-4, 1956, s.237.

¹⁶ Ali Rıza Çoban, Hukuk devleti: Hukuki Bir ilke, Siyasi Bir ideal, Editörler: Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük, Liberte Yayınları, Şubat 2008, Ankara, s.11.

¹⁷ Özey, a.g.e., s.27.

inisiyatifinde uygulanan kurallardan ibaret değildir. Bilakis, milli egemenliği temsil edenler tarafından hazırlanarak kabul edilmeye başlanmış ve İdare’yi de bağlayıcı niteliktedir.

Hukuk devleti deyiminin, yasallık denetiminden ilk ayrılığı ise, İkinci Dünya Savaşını takiben Fransız Danıştay’ının (Conseil d’Etat), yönetsel işlemlerin sadece yasaya değil, aynı zamanda İnsan Hakları Bildirgesi ve Anayasadan çıkarılan “Hukukun Genel Prensiplerine” uygunluğu denetlemesi ile başlanmıştır.¹⁸

1.2.1. Magna Carta Libertatum

1215’te imzalanan ve altmış üç maddeden oluşan Magna Carta (Büyük Berat), İngiltere’de, toprak sahibi soyluların (baronların), kralın (Kral Yurtsuz John) otoritesini sınırlamak ve kendi durumlarını sağlamlaştırmak için giriştikleri mücadelenin bir sonucudur.¹⁹ Kral’ın hukuka bağlılığı, keyfi davranışlardan kaçınması, kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması yönünde hükümler içermesi sebebiyle, ilk anayasal belge olarak kabul edilmektedir.²⁰

Aslında muhtevası itibariyle bir feodalizm manifestosundan başka bir şey olmayan bu belge, “İngiltere halkının hürriyet teminatı” ya da “hürriyetin temeli”, olarak adlandırılmıştır. Zamanının tek ve eşsiz bir vesikası olmayan ve dönemin benzer fermanlarından şekil itibariyle pek de farkı olmayan bu “Büyük Berat”, içeriğiyle, fikri yönüyle öne çıkmış, diğerlerinden ayrılmış ve önem kazanmıştır.²¹

Magna Carta ile, kişi hak ve hürriyetleri, sadece fikirsel boyutta kalmaktan çıkmış, somut olarak bir varlık kazanmıştır. Hür kişilerin haklarını tanıyan kralın, aynı zamanda bu hak ve hürriyetlere bağlılığı da doğrulanmıştır.²² Hukukun üstünlüğü düşüncesi de Magna Carta’ya dayandırılmıştır. Bu yönüyle de, uluslararası hukuk devleti fikrinin öncüsü sayılmıştır.

¹⁸ Yılmaz Aliefendioğlu, “Türk Anayasa Mahkemesi’nin Hukuk Devleti Anlayışı”, derleyen: Hayrettin Ökçesiz, Hukuk Devleti, Afa Yayınları, İstanbul, Ekim 1998, s.149.

¹⁹ Mümtaz Soysal, Anayasaya Giriş, İmge Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, Kasım 2011, s.53.

²⁰ Ahmet Nohutçu, Kanunname: Anayasa Hukuku, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s.3.

²¹ H.V Wiseman, “The Myth of Magna Carta” , (Çeviren: Münci Kapani), AÜHF Yayınları, 1966, s.463-471.

²² Ersan İlal, “Magna Carta”, Hukuk Fakültesi Mecmuası, s.210-211.

1.2.2. Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi

İnsan haklarının uluslararası alanda bir değer ifade edebilmesinde ilk adım 1789 Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirgesi ile olmuştur. Bu bildirme ile, o zamana değin değer verilmeyen insanın, hak ve hürriyetleri tanınarak, bunlar yasalarda deklare edilmiştir.²³ 1789 Fransız Bildirisi, ulusal bir metin olmasına rağmen, tüm insanlar için geçerli olabilecek ilkeleriyle, evrensel nitelikli bir Déclaration' dur.²⁴

Fransız ihtilalcileri bu Bildiri'de, tabii haklar doktrinini dile getirerek, insanların “doğal, başkalarına devredilemez, zaman aşımına uğramaz, kutsal” haklara sahip olduklarını ilan etmişlerdir. Bildiri'de, kişi, toplumun temel unsuru ve esas amacı olarak ele alınmıştır. Henüz ‘Başlangıç’ kısmında kişi haklarının değerine işaret edilerek, o zamana kadar vuku bulan tüm felaketlerin sebebi, bu hakların unutulmuş olmasına ve dikkate alınmamasına bağlanmıştır.²⁵

On yedi maddeden ibaret olan bu Bildirinin ihtiva ettiği prensiplere bakıldığında: “Hürriyet hakkı, mülkiyet hakkı, kişi güvenliği, düşünce, söz, yazı ve vicdan hürriyetleri” gibi bir takım klasik hak ve hürriyetlerin yanında, erkler ayrılığı, ulusal egemenlik ilkesi, yasa karşısında eşitlik gibi bazı siyasal ilkelere de yer verilmiştir.

Bildirinin ilk maddesinde “insanlar haklar yönünden özgür ve eşit doğarlar ve yaşarlar” şeklinde ifade edildikten sonra, ikinci maddesinde “insanın doğal ve zamanaşımına uğramaz... özgürlük, mülkiyet, güvenlik ve baskıya karşı direnme” gibi hakları bulunuyor. Üçüncü madde ise, “egemenliğin kaynağının ulus” da olduğunu ve “...hiçbir kişi yada kuruluşun kaynağını ulustan almayan bir iktidarı” kullanamayacağını düzenliyor.²⁶ Bildirinin 4. maddesinde ise hürriyet; “Başkalarına zarar vermeyecek her şeyi yapmak” biçiminde tanımlanmıştır. 5.maddesinde, “Kanunun sadece topluma zararlı hareketleri yasaklamaya hakkı” olduğu belirtilmiştir. 6.maddesinde ise, yasanın genel iradenin eseri olduğu vurgulanmıştır. Ferdi özgürlük, iktidarın keyfi davranışına karşı, hukuki korunma anlamına gelen,

²³ İlhan Akbulut, “İnsan Hakları”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 2011, s.2.

²⁴ İbrahim Ö. Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri, Legal Yayıncılık, 9.Bası, Eylül 2014, İstanbul, s.225.

²⁵ Münci Kapani, Kamu Hürriyetleri, 7.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993 s.46-49.

²⁶ Bkn. https://tr.wikisource.org/wiki/%C4%B0nsan_ve_Yurtta%C5%9F_Haklar%C4%B1_Bildirisi

güvenlik hakkı (md. 7,8,9), düşünce özgürlüğü (md.10), düşünceyi serbestçe ifade hakkı (md.11) ile bağdaştırılmıştır. İnsan haklarının ikinci sırasında yer alan mülkiyet hakkı (md.2), 17.madde de “dokunulmaz ve mukaddes bir hak” olarak yeniden ele alınmıştır.²⁷

Bildirinin 16. maddesi ise : “Hakların teminat altına alınmadığı, kuvvetler ayrılığının sağlanmadığı toplumda anayasa yoktur” şeklindeki ifadeyle, insan hakları ve kuvvetler ayrımını bir devletin kuruluşunun olmazsa olmaz önkoşulu saymıştır.

1.2.3. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi

İnsan haklarının uluslararası alanda korunması sorunu, 2. Dünya Savaşı'ndan sonra Birleşmiş Milletler Örgütü'nün kurulmasıyla önem kazanmıştır. Birleşmiş Milletler' in insan hak ve özgürlüklerine verdiği önemin ilk ürünü 10 Aralık 1948 günü Genel Kurul'da kabul ve ilan edilen "Evrensel İnsan Hakları Bildirisi" olmuştur.²⁸ Bu uluslararası sözleşme mahiyetindeki Bildiri'yi Türkiye, 27 Mayıs 1949 tarihinde onaylayarak kabul etmiştir.

Bir önsöz ve otuz maddeden oluşan Bildiri metninin, ağırlıklı olarak insan hak ve hürriyetleri, klasik hürriyetler ve sosyal ve ekonomik hakların bileşiminden oluştuğu görülür.*

Bu bildiri ile teminat altına alınan bazı önemli temel hak ve özgürlükler şunlardır: “Herkes ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ve diğer herhangi bir neden gözetilmeksizin bütün temel hürriyetlerden eşit istifade eder. Yaşamak, hürriyet ve kişi emniyeti her ferdin hakkıdır. Hiç kimse köle yapılamaz ve kimseye işkence yada haysiyet kırıcı davranışta bulunulamaz. Herkes kanun önünde eşittir. Kimse keyfi olarak tutuklanamaz. Herkesin bağımsız ve adil bir mahkemede yargılanma hakkı vardır. Her şahsın fikir, vicdan ve din hürriyeti vardır”.²⁹ Bildiri'nin ikinci bölümünde kişinin toplum grupları ile ilgili hakları bulunmaktadır: Vatandaşlık

²⁷ Jale Civelek, “1789 Fransız Bildirisi ve 1948 Evrensel İnsan Hakları Bildirisi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s.4

²⁸ Edip Çelik, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 47

*bkn. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf>

²⁹ Akbulut, a.g.m., s.5-6

hakkı, aile hakkı ve en önemlisi mülkiyet hakkı ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Üçüncü bölümde ise, özgürlüklerin yanı sıra, siyasal haklar da yer almaktadır: Seçme ve seçilme hakkı, serbest ve dürüst seçimler, genel ve eşit oy, kamu yönetimine katılma gibi. Bildiri'nin dördüncü bölümü ise, ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ayrılmıştır.³⁰ Bildirinin son maddesi ise bilhassa dikkat çekici ve önemlidir: Bildiride ilan edilen hak ve hürriyetlerin, gene bu hak ve hürriyetleri yok etme amacıyla kullanılamayacağı açıklanmaktadır ki, bu “hürriyeti yok etme hürriyeti”nin açık bir şekilde reddidir.³¹

Küresel çapta, evrensel nitelikli önemli bir belge niteliğinde olan bu Bildiri, bir antlaşma veyahut bir sözleşme değildir. İnsan haklarının uluslararası alanda korunması amacıyla hazırlanmıştır. Ve insan hakları konusunda gidilmesi gereken yönü ve yolu gösterir niteliktedir.³² Hukuki bir bağlayıcılığı bulunmadığından, bu bağlamda, onu tanıyan devletlerinde herhangi bir yükümlülüğü söz konusu olmamıştır. Buna rağmen, dünya devletlerinin insan hak ve hürriyetlerine itikadını sağlaması yönünden önemlidir. Ve bu yönüyle de tarihi ve manevi bir önemi haizdir.³³

1.2.4. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

“İnsan Haklarının ve Temel Hürriyetlerinin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi”, İnsan haklarını uluslararası düzeyde güvenlik altına almak için, 4 Kasım 1950 günü Roma'da üye devletlerin dışişleri bakanları tarafından imzalanmıştır. Sözleşmenin yürürlüğe girmesi, 10 üye devletin bunu onaylaması koşuluna bağlanmıştır ve bu koşul 3 Eylül 1953'te gerçekleşmiştir.³⁴ Sözleşme, Türkiye'de 4 Kasım 1950 tarihinde imzalamış, 3 Eylül 1953 de yürürlüğe girmiş ve 18 Mayıs 1954 de bir onay kanunuyla; iç hukukumuzun bir parçası olmuştur.

Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, üye ülkelerin egemenlikleri altındaki herkese, doğrudan kullanılabilir haklar tanımakla yetinmemiştir. Bu hak ve özgürlükleri, ayrıntılı ve somut olarak düzenlenmiş;

³⁰ Mehmet Akad, Bihterin Vural Dinçkol; Genel Kamu Hukuku; Der Yayınevi, 4.Basım, İstanbul, Ekim 2006, s.305.

³¹ Kapani, a.g.e., s.64.

³² Gözübüyük, Yönetim Hukuku, s.479.

³³ Kapani, a.g.e., s.62-63.

³⁴ Çelik, a.g.m., s. 47-48.

sınırlama koşulları belirlenmiş, sınırlar çizilmiş ve sınırlamanın sınırı belirtilmiştir. Sözleşmenin asıl önemi ve etkinliği, kapsadığı hak ve özgürlüklerden çok, kurmuş olduğu yargısal ve tarafları bağlayıcı denetim mekanizmasından kaynaklanmaktadır.³⁵ Sözleşme’deki temel hak ve özgürlüklerin, denetim mekanizması olmaksızın, hiçbir değeri kalmayacağı düşünüldükçe, ilk kez uluslararası nitelikte, yargısal bir denetim ve güvence sistemi oluşturulmuştur.³⁶ Bu düzene göre insan haklarının çiğnendiğini ileri süren kişiler ve devletler, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi”ne bireysel başvuruda bulunabilmektedirler (AİHS, md.33 ve 34).^{*} Hükümet dışı kuruluşlarla insan toplulukları da (AİHM)’ne başvurabilirler. Böylece bireyler, kendi iç hukuklarının yanında uluslararası hukuk alanında da hak sahibi durumuna gelmişlerdir.³⁷ Sözleşme, işleyiş mekanizması ve iç hukuklara etkisiyle adeta bir “İnsan Hakları Avrupa Anayasası”nı oluşturmaktadır.³⁸

1.3. HUKUK DEVLETİ

Hukuk devletinin amacı, “devleti kendinden önce gelen ve ondan üstün” bir takım “normatif” esaslarla bağlayarak, onu; meşruluk, adalet, insan hakları gibi “toplumsal organizasyonun” temel ilkeleriyle temellendirmektir. İşlevi açısından düşünüldüğünde hukuk devleti *doğal hukuka* benzer. Şu sebeple ki, o da tıpkı doğal hukuk gibi “devlete kendinden üstün” bir meşruluk standardı sağlamaya çalışır. Hukuk devletinin ayırt edici niteliği ne egemenlik ne de zor kullanma gücü ve bu konudaki tekelidir. Hukuk devletinde "güçlü olduğu için haklı olmak da yoktur; bu devlette güç sadece haklı ve meşru maksatla kullanılabilir".³⁹ Hukuk devletinin; özgürlük, güvenlik ve eşitlik olmak üzere üç boyutu vardır. Bu boyutlardan her biri ancak diğerinin oluşturduğu bir tabanda yükselir.⁴⁰

³⁵ Akkuş, a.g.e., s.364.

³⁶ Necmi Yüzbaşıoğlu, “Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine”, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, AÜSBF Yayını, C.11, S.1, Mayıs 1994, s.26-27.

^{*}Bkn. AİHS “<https://www.danistay.gov.tr/upload/avrupainsanhaklarisozlesmesi.pdf>”

³⁷ İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, Kahraman Berk; İdare Hukuku; Der Yayınları, İstanbul, Temmuz 2011, 4.Bası, s.70.

³⁸ Kaboğlu, a.g.e., s.277.

³⁹ Mustafa Erdoğan, "Hukuk Devleti", İslami Araştırmalar Dergisi, Cilt:14, Sayı:2, 2001, 267-268.

⁴⁰ Hayrettin Ökçesiz, Hukuk Devleti, Afa Yayınları, İstanbul, Ekim 1998, s.34.

Hukuk devleti, devlet ve hukuk mefhumlarını birleştirerek “sağlam, yapısal ve kurucu” bir bağ ortaya koyar. Adaleti var edebilmek, toplumsal ilişkileri düzenlemek ve “normatif gücünün” uygulanmasını sağlamak için hukukun devlete gereksinimi söz konusudur. Beri yandan, devletin de hukuka ihtiyacı vardır. “Devlet iktidarı, hukuk normunda, uyulması gerekli kuralların yapılmasında ifadesini bulur”. Öyle ki, devlet adeta hukuk kalıbında şekillenir. Mamafih, Hukuk Devleti, devlete ait olan maddi gücü meşrulaştırırken, hukuka da itibar etmeyi sağlar.⁴¹

“Hukuk devleti hümanist bir devlettir ve amacı, insanı devletleştirmek değil, devleti insanlaştırmak veya insanileştirmektir.”⁴²

1.3.1. Kavram ve Terminoloji

1.3.1.1. Devlet Kavramı

Devlet belirli bir toprak parçası üzerinde, hükümetle temsil olunan üstün ve merkezi bir otoritenin yönetimin de, muayyen bir “hukuki ve otonom” düzene sahip olarak hayatlarını sürdüren insanlardan oluşan, geniş bir siyasi topluluktur. Kısaca, belli bir toprak parçası üzerinde örgütlenmiş insan topluluğudur ve kurucu unsurları: ülke, insan topluluğu ve egemenliktir.⁴³

Devletin, siyasi ve iktisadi vasıfları ihmal edilmemelidir. Devlet tam manasıyla sosyal bir olgudur. Onu tek yönlü düşünmek, onu unsurlarından yalnız birine indirgemek, devletin hakiki şeklini değiştirmek olur . Devlet aynı zamanda hem ahlâkî hem tarihi ve siyasi hem de hukuki bir bütündür. Devletin, topluluk halinde yaşamanın icaplarına cevap vermesi, egemen olduğu ülkenin varlık ve refahını sağlaması gerektir. Bu sebepten, faaliyetlerinde öncelikle faydalı olmanın usullerini bulması ve daha sonra bu usulleri adaletin süzgecinden geçirmesi gerekir.⁴⁴ Ancak bu şekilde davrandığı müddetçe bir hukuk devletinden söz edilebilir.

⁴¹ İbrahim Ö. Kaboğlu, Türkiye'de Hukuk Devletin Gelişimi, derleyen: Hayrettin Ökçesiz, Hukuk Devleti, Afa Yayınları, İstanbul, Ekim 1998, s.90-91.

⁴² Turhan Tufan Yüce, “Sanığın Savunması ve Korunması Açısından Ceza Soruşturmasının Hümanist İlkeleri”, TBB Dergisi, 1989/1, s.158.

⁴³ Necmi Yüzbaşıoğlu, Anayasa Hukuku, Beta Yayıncılık, 1.Baskı, Ocak 2007, İstanbul, s.18.

⁴⁴ Recai Okandan, “Muaffak Akbay Umumî Âmme Hukuku Dersleri”, 1.cilt, Ankara 1948.

Devlet, kamu hukukunda tüzel kişilik olarak nitelendirilir ve bütün tüzel kişilikler gibi hak ve yükümlülükleri vardır. Kanunlara uyulması ve vergi toplanması gibi konularda zorlama yetkisini maddi açıdan hukuki olarak kullanma yetkisine sahiptir. Aynı zamanda devlet, hukukun tam etkinliğini sağlar. Hukuk fikrinin hayat kazanması ve hukuk normuna yaptırım gücünü verme devletin en önemli yükümlülüğüdür.⁴⁵ Öte yandan, devlet de hukuktan kaynaklanır. Devletin gücü hukuk normları tarafından bu normların içerisinde açıklanmakla kalmaz, aynı zamanda da, devlet hukuk kalıbında şekillenen, tamamen hukuktan etkilenen, onun tarafından belirlenen bir kavram niteliğini taşır.

“Devlet denen varlık, kanunlar ve nizamnamelerle belirtilen hükümler çerçevesinde faaliyetlerde bulunan vatandaşlar topluluğudur. Bu hükümlerse, devletin kendi sınırları içinde yaşayanları uymaya zorlayan hukuk kaideleridir. Devleti hür dilekle kurulmuş diğer birleşme ve uzlaşmalardan ayıran özellik budur. Bu gerçek, devlet karar ve iradesinin, kanun ve hukuk bakımından bütün diğer sosyal ve siyasi kuruluşların iradesine üstünlük ve önceliğini belirten normlara dayandığını göstermektedir.”⁴⁶

“Devletin objektif varlığı, ancak hukuki normların yürürlüğü ile gerçekleşebilir. Bu bakımdan devlet = hukuk nizamıdır.”⁴⁷

1.3.1.2. Hukuk Kavramı

*“Dünyanın her tarafında ve tarihin her zamanında kitle halinde yaşayan beşer, hayatını tanzim ve siyasi kaidelere raptetmek mecburiyetini hisseylemiştir. Bu mecburiyetten hukuk doğmuştur. ... Hukuku tevlit eden sebep dünyanın her tarafında aynıdır, değişmez. Binaenaleyh, hukuk, kevnî bir hadisedir ve işte onun içindir ki hukuka dünya nazımı ve dünya hakimi denmiştir. ... Hukukun membaşı hayattır”.*⁴⁸

⁴⁵ Ender Ethem Atay, Hukuk Başlangıcı, Gazi Kitabevi, Ankara, Eylül 2017, 4.Baskı, s.364-372.

⁴⁶ Yavuz Abadan, “Amme Hukukunun Konusu ve Öğretim Metadı”, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt XX, 1965, sayı 3-4, s.410.

⁴⁷ Abadan, a.g.e., s. 411.

⁴⁸ Ahmet Ağaoğlu, Hukuk-i Esasiye Ders Notları, Hazırlayan: Boğaç Erozan, Koç Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, Mart 2012, s.79.

Hukuk, kişilerin dışa yansıyan davranışlarının düzenlenmesi ile ilgilidir. Kurallardan oluşan hukuk, belirli şeylerin yapılmasını ve belirli şeylerin yapılmasından kaçınılmasını öngörür. Kanun koyucu ve mahkemelerce belirlenen kuralların, bir hiyerarşi oluşturması temenni edilir.⁴⁹

“Evrensel anlamda hukuk, uygar ve barışçı bir toplumsal varoluşun temeli olan eşitlik, adalet ve insan haklarına dayanan bir normlar sistemini ifade eder.”⁵⁰ Hukuk zamansal ve mekansal olarak küresel çapta toplumsal bir olgudur.⁵¹ “Hukuk, toplumsal gerçekliğin bir türevidir. Topluma göre değişmeyen evrensel gerekleri olsa da, toplumsal talep ve ihtiyaçlardan oluşur.”⁵²

Hukuk, toplumsal düzeni ve barışı sağlar. Adaletin gerçekleşmesi fikrine bağlı kalınarak, içtimai hayatta pek çok fonksiyonun yerine getirilmesi sorumluluğunu yüklenir. Bir yandan adaleti temin eder, diğer yandan erklerin yasallığı ile hukukiliğini sağlar ve bunların denetimini mümkün kılar.

1.3.1.3. Hukukun Adaletle İlişkisi

Hukuk daima adaletle çeşitli şekillerde ilişkilendirilmiştir. Hukuk, sırf bir bağlayıcı kurallar sistemi olarak görülmediğinden, insanlar hukuktan adalet beklemişler ve bu iki kavramı birlikte anmışlardır. Hukuk literatüründe de “hukukun asıl amacının adalet” olduğu, adalete yönelmeyen bir hukuktan söz etmenin anlamı olmadığı, hukukun “normlarında adalet değerini yansıtması” gerektiği belirtilir. Hukukun amacı olarak adaletin öncelikli gereği ise, herkese hakkını teslim etmektir.⁵³ Hukuka maddesel yaptırımları yanında uyum ve saygınlık kazandıran önemli manevi güç, hukukun üstünlüğü, kutsallığı deyimleriyle dile getirilen ve hukukun egemenliğiyle ulaşılmak istenen adalettir.⁵⁴

⁴⁹ Adnan Güriz, Hukuk Başlangıcı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 13.Baskı: Haziran 2011, s.45.

⁵⁰ Mustafa Erdoğan, "Hikmeti Hükümetten Hukuk Devletine Yol Var Mı?" Doğu Batı Dergisi: Hukuk ve Adalet Üstüne, Sayı:13, Kasım-Aralık-Ocak 2000-01, s. 53.

⁵¹ Mustafa Erdoğan, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, 12. Baskı, Eylül,2015, Ankara, s.124.

⁵² Erdoğan, "Hukuk Devleti",s. 269.

⁵³ Erdoğan, Anayasal Demokrasi, s.124-125.

⁵⁴ Mustafa Kutlu, Kuvvetler Ayrılığı, Temelleri-Gelişimi, Hukuk Devletin Kökenleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1.Baskı: Haziran 2001 s.199.

Devletin varlık sebebi adaletin icrasıdır. Her devlet hukuk (adalet) devleti olmalıdır. Adalet de, insanlık değeri ve insanlık onuru dediğimiz kavramdan, yani insan haklarından soyutlanamaz.⁵⁵ Bir devlet anayasaya sahip olabilir ve hatta bu anayasada “Anayasa’nın üstünlüğü ilkesi” bulunabilir, idarenin işlemleri yargının denetimine tabi de olabilir, ancak, tüm bunlar o devletin “*hukuk (adalet) devleti*” sayılabilmesi için yeterli değildir. Bunlardan da ötesi ve daha önemlisi, o ülkede yaşayan toplum içinde adaletin gerçekten yürürlükte olmasıdır.⁵⁶

Hukuk idesinin en esaslı ayırıcı vasfı, adalettir. Adaletin muhtevası yani neyin âdil neyin gayri âdil sayılması gerektiği hususunda insanın kendi ahlâkî kanaati esastır. Adalet prensibini yaratan ferdin ahlâkî zihniyetidir.⁵⁷ Adalet hukuk idesini de içine alır, kapsar. Hukuk’a (adalet) uygun kanunlara dayanan devlet hukuk devletidir. Hukuk devletinde yasalar adalet prensibine göre ve yasal yollardan konulur, değiştirilir ve kaldırılır.⁵⁸

1.3.1.4. Hukuk Devletin Tanımı

Alman kökenli *Resschstaat* deyiimi ilk olarak 1860’larda iki Alman hukukçu tarafından kullanılmıştır. Hukuk devleti kavramına tekabül eden bu terimin Fransızca’da ki karşığı, “*état de droit*” dır. Bununla birlikte Fransızlar, “*primauté/ suprématie du droit*” (hukukun önceliğı/ üstünlüğü) de benzer anlamlı olarak kullanılır. ABD’de ise, “*due-process of law*” (hukuki usullere bağılılık) kullanımı yaygındır. Genel ve evrensel olarak daha yaygın olan kullanım şekli ise, “*rule of law*” (hukukun üstünlüğü) dur. Bu kullanımların anlamsal ve işlevsel yönden bir farklılığı söz konusu değildir.

Hukuk kavramının kanun kavramını aşması gibi, hukuk devleti mefhumu da kanun devletinin üstünde bir anlamı haizdir. Hukuk devleti, yasa devleti ile eş anlamlı değildir. Zira, sadece yasaların var olması, hukuk devletinin varlığından söz edebilmemiz için gerekli olan ilkelere dayanır bir sistemin varlığını göstermez. Yasa

⁵⁵ Hüseyin Hatemi, *Hukuk Devleti Öğretisi*, 1. Baskı, İşaret Yayınları, İstanbul, 1989, s.13-79.

⁵⁶ Hatemi, a.g.e., s.25.

⁵⁷ Richard Honig, “Hukuk İdesinin Müspet Hukuk İçin Ehemmiyeti”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, çeviren: Yavuz Abadan, s.162-164.

⁵⁸ Çağıl, a.g.m., s.254-255.

da bihakkın zulmedici, kısıtlayıcı ve hakkaniyetsiz olabilir. Misal, mutlak monarşilerin ya da diktatörlüklerin de yasaları mevcuttur, fakat bunların hukuk devleti oldukları söylenemez.⁵⁹

“Hukuk devleti, herhangi bir hukukun devleti değildir, temelinde bir değerler ve ilkeler bütünü yatan bir hukukun devletidir.”⁶⁰

Tüm devlet organlarının hukuksal normlara bağlı olmaları ve bu bağın kanuni müesseselerle teminat altında bulundurulması, hukuk devleti nosyonunun özünü teşkil eder.⁶¹ Bu anlamda hukuk devleti, devletin hukuk üstüne kurulduğu ve hukuki kurallar çerçevesinde idare edildiği, dolayısıyla, hukuka tabi olduğu ve idarenin tüm eylem ve işlemlerinin tarafsız bir yargı denetimi altında bulunduğu durumuna işaret eder.⁶²

“Hukuk devleti sadece kendini hukukla kayıtlayan devlet demek değildir, o aynı zamanda kişilere hukuk güvenliği sağlayan devlet anlamına da gelir”.⁶³

Özetle, hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuki normlara uygun, bütüncül anlamda adil bir hukuk düzeni tesis edip bu düzeni geliştirerek devam ettiren, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri muhafaza edip kuvvetlendiren, tüm devlet organlarını hukuka tabi kılan, anayasaya aykırı hal ve yaklaşımlardan sakınan, anayasal ve yargısal denetime açık, kanun koyucunun dahi istismar edemeyeceği anayasanın ve bundan da öte evrensel hukuk prensiplerinin bulunduğu şuurundan ayrıldığında hükümsüz duruma düşeceğini bildiği devlet demektir.⁶⁴

⁵⁹ Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, Türk Anayasa Hukuku: 1982 Anayasasına Göre ,Beta Yayıncılık, 9.Bası, Eylül 2009, İstanbul, s.96-97.

⁶⁰ Jacques Chevallier, Hukuk Devleti, 1.Baskı, İmaj Yayınevi, çeviren: Ertuğrul Cenk Gürcan, Ankara, Eylül 2010, s.90.

⁶¹ H. Yılmaz Günel, "Hukuk Devleti Kavramı", 1959,yayımlanmamış makale, s.107.

⁶² İsmet Giritli, Jale Sarmaşık; Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul; 2.Baskı: Ekim 2001, s.214.

⁶³ Erdoğan, "Hikmeti Hükümetten Hukuk Devletine Yol Var Mı?", s.53.

⁶⁴ İlker Hasan Duman, Hukuk Devleti, Şeker Matbaacılık, 2.Baskı: İstanbul 2003, s.21.

1.4. HUKUK DEVLETİNİN ÖGELERİ/ EVRENSEL UNSURLARI/ İLKE VE ESASLARI

Hukuk devletinin ögeleri hususunda bir fikir birliği olmadığından, toplumdan topluma değişebildiğinden ve hepsini burada sıralayarak açıklamak mümkün olmadığından, en azından herkesin üstünde anlaştığı, ve hukuk devletinden söz edebilmemiz için ihtiyacımız olan başlıca koşulları şu şekilde sıralamak mümkündür: temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması; kuvvetlerin ayrılığı (tefrik-i kuvva); yasama işlemlerinin yargısal denetimi (yasaların anayasaya uygunluğunun sağlanması); yürütme ve idarenin işlemlerinin yargısal denetimi (yönetimin hukuka bağlılığının sağlanması); yargı organlarının ve yargıçların bağımsızlığının sağlanması; kanuni idare (yasal yönetim), hukukun genel ilkelerinin geçerliliği; kanun önünde eşitlik, devlet faaliyetlerinin belirliliği (düzenli/istikrarlı idare), idarenin mali sorumluluğu, adil yargılanma hakkı ve herkesin hak arama özgürlüğüne sahip olması.*

1.4.1. Temel Hak ve Özgürlüklerin Güvence Altına Alınmış Olması ve Ancak Kanunla Sınırlanabilmesi

Hürriyet, insanın mahiyetine uygun en insani gayedir. İnsan çok yönlü bir varlıktır. Parçalardan oluşur; fakat yine de bir bütündür. Dolayısıyla, insanın hürriyeti de türlü şekillerde, farklı suretlerde belirir. Buna karşın hürriyet de bir bütündür, parçalanamaz bir bütündür. Tek tek baktığımızda; bireysel özgürlükten, toplumsal özgürlükten, kişisel özgürlükten, politik özgürlükten, ulusal özgürlükten, ekonomik özgürlükten, inanç özgürlüğünden, vicdan özgürlüğünden, düşünce ve düşündüğünü ifade etme özgürlüğünden, basın özgürlüğünden, toplantı ve gösteri yapma özgürlüğünden bahsedilebilir⁶⁵ ve insan hakları kavramı, bunların tümünü kapsar niteliktedir.

İnsan hakları, ayırım gözetilmeksizin tüm insanların, sadece insan olmalarından ötürü, insan onurunun icabı olarak taşıdıkları hakların tümünü kapsar ve bu

*Bkn: Ahmet Nohutçu, Kanunname: Anayasa Hukuku, s.84.

⁶⁵ Çağıl, a.g.m., s.238-239.

niteliğiyle, ulaşılmak istenen bir gayeyi, bir ülküyü belirtir. İnsan haklarından bahsetmek, insanın hangi durumda, hangi şartlar içinde bulunursa bulunsun, yalnızca insan oluşundan ötürü kazandığı değeri tanımak ve saymak demektir.⁶⁶

İnsan hakları, bireylerin siyasi haklar yoluyla devlet yönetimine katılabilmelerine zemin hazırladığı gibi, kendilerini gerçekleştirebilecekleri dokunulmaz bir alan da sağlar.⁶⁷

“Hukuk devleti, insan hakları devletidir” ve insan hakları ile temel hak ve özgürlükler adı verilen “özgürlükler demetinin” en üst pozitif hukuk normu olan anayasaca tanınması, düzenlenmesi ve güvenceye alınmasını gerektirir.⁶⁸ Bu güvence, hukuk devletinin özünü ve sine qua non şartını oluşturur.⁶⁹

Öncelikle, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınabilmesi için, değiştirilmesi zor bir metin olan anayasa ile korunması gerekir. Fakat, anayasal güvencede olması tek başına yetmez. Yasa koyucu temel hakların ‘özüne’ dokunmamalıdır. Temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabilmesi gerekir ki bu da tek başına yeterli değildir. Sınırlamanın sınırlarının anayasada gösterilmesi gerekir. Temel hak ve özgürlükler ancak soyut, genel, nesnel olması gereken yasayla sınırlanabilir. Hak ve özgürlük kullanımı esas; sınırlama, istisnadır.⁷⁰

Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar makul ve ölçülü olmalı, yasa-altı işlemlerle sınırlama yapılması olanağı kapatılmalıdır. Bu konu, “devlet otoritesi” ve “birey özgürlükleri” arasındaki hassas dengenin korunması açısından yaşamsal önem taşır.⁷¹ Temel hakların ihlali durumunda, bunun yargı önünde ileri sürülebilmesi yolu açık tutulmalıdır.⁷² Temel hak ve özgürlüklerin Anayasa’nın öngördüğü yargı güvencesine bağlanması bir gerekliliktir.

Hukuk devleti nosyonu, doğru bir insan hakları anlayışına dayanmadıkça, eylemsel alanda gerçeklik kazanamaz. “Hangi toplumda insan hakları, gerçekten her birey için

⁶⁶ Soysal, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, s.123.

⁶⁷ Erdoğan, Anayasal Demokrasi, s.28.

⁶⁸ Kaboğlu, a.g.e., s.95.

⁶⁹ Nohutçu, a.g.e., s.85.

⁷⁰ Duman, a.g.e., s.21.

⁷¹ Sezer; Kırıt; Boyar, a.g.e., s.45.

⁷² Reşit Gürbüz, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara: Ağustos 2011, s.18.

sağlanabiliyorsa, hukuk devletine giden yolun yarısından çoğu alınabilmiş demektir”.⁷³

1.4.2. Kuvvetler Ayrılığı

Aristoteles’ten itibaren siyasal düşünceler tarihinde tartışılacak olan kuvvetler ayrılığı (erkler ayrılığı, güçler dağılımı) teorisini, 17. yy’da “Two Treatises Of Government” (Hükümet Üzerine İki Deneme) adlı eseriyle ilk dile getiren John Locke’dur. Fakat, bu kuramın temel ilkelerinin asıl savunucusu olarak ün yapan, 1748’de yayınlanan *De L’esprit Des Lois* (Kanunların Ruhu) adlı eseriyle Fransız düşünür ve siyaset bilimcisi Montesquieu (1689-1755) olmuştur.⁷⁴ Ona göre, insan olmanın zaafından mütevellit, ezeli bir tecrübeyle sabit olan; gücü elinde bulunduranın/ kendisine yetki verilenin, bir sınırlamayla karşılaşmıyaya dek, gücünü/ yetkisini kötüye kullanmaya meyilli olacağıydı. Bunu önlemek içinse bir başka güç kurarak onu dengelemek gerekirdi, nitekim güç ancak bir karşı güçle durdurulabilirdi.*

Her devlette üç temel işlev ve bunlara karşılık gelen üç temel kuvvet (hukuki iktidar) vardır. Bu üç iktidar (kuvvet), ayrı ayrı organlara verilerek, siyasal sistem içinde sınırlar barındıran bir yapı olarak kurulacak ve böylelikle yetkisini aşmak isteyen organ (kuvvet), diğerleri tarafından durdurulabilecektir. Kuvvetlerin birbirine karşı fren ve denge (checks&balances) fonksiyonu görececek şekilde çalışması sonucunda, gücün kötüye kullanımı da engellenmiş olacaktır.⁷⁵

Devlet faaliyetleri, ilk çağdan bu yana, birbirine benzerlik özelliklerine göre; yasama, yürütme ve yargı olarak üç gruba ayrılmıştır. Hukuk kurallarını oluşturma/ kanun yapma yasama organının görevidir. Hukuk kurallarını işletmek ve onların verdiği yetkiye dayanarak kamu hizmetlerini ifa etmek görevi yürütme organıdır. Kanunların uygulanmasını denetlemek ve toplumdaki uyuşmazlıkları çözmek/ toplumda adalet dağıtmak ise yargı organının görevidir.⁷⁶ Bu organların ayrı ayrı her birinin, devlet iktidarının bir kısmını kullanarak yekdiğerini denetlemesiyle

⁷³ Hatemi, a.g.e., s.12.

⁷⁴ Nohutçu, a.g.e., s.5.

*Bkn. Montesquieu, *De l’esprit des lois* (Kanunların Ruhu), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, çeviren: Berna Günen, 3.Baskı, İstanbul, 2019.

⁷⁵ Oktay Uygun, *Demokrasi: Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.121-122.

⁷⁶ Yüzbaşıoğlu, *Anayasa Hukuku*, s.21-22; Güriz, a.g.e., s.36.

“sınırlı/anayasal” devlet yönetimi ortaya çıkması mümkün olabilir.⁷⁷ Gücün/iktidarın farklı organlar arasında dağıtılmasıyla, devletteki güç temerküzü önlenecektir. İnsanların ellerindeki iktidarı suistimal etme eğiliminin önüne, yetkilerin değişik kurumlara dağıtılması yoluyla geçilmiş olacak, böylece, devlet karşısında kişi özgürlüklerinin korunması ve güvence altına alınabilmesi sağlanabilecektir.⁷⁸

Bu ilkenin özünde, devletin üç işlevinin, despotizmi önlemek ve hürriyetleri güvence altına almak amacıyla, uzmanlaşmış farklı organlar tarafından yerine getirmesi vardır. Her bir organ işlevini kendi alanında tam yetkili ve uzmanlaşmış olarak yerine getirir. Günümüzdeki kullanımıyla, iktidarın her bir fonksiyonunun, aralarında işbirliği bulunan farklı organlarca yerine getirilmesi ise kuvvetler ayrılığına, fonksiyonlar ayrılığıyla eş bir anlam kazandırmıştır.⁷⁹

Yasama ve yürütme erkleri arasındaki ayrılıkla “*kanuni idare*” ilkesi, yürütme ve yargı erkleri arasındaki ayrılıkla da, “*yargı denetimi*” ilkesi doğmuştur.⁸⁰ Devletteki güç temerküzü, bilhassa yargı ile yürütme erklerinin veyahut yasama ile yürütme erklerinin bir elde toplanması, hukuk devletinin temel şartlarından olan “*yönetimin yasallığı*” ile “*yönetimin yargısal denetimi*” ilkelerini hükümsüz bırakabilir.⁸¹

Kuvvetler ayrılığı, hukuk devletinin kurucu öğelerinden biridir. Onu uygulamaya geçiren ise yargı erkidir.⁸² Hukuk devletinin zorunlu bir sonucu olarak, yasama ve yürütme yargı organı tarafından denetlenir.

1.4.3. Yasama İşlemlerinin Yargısal Denetimi ve Normlar Hiyerarşisi

Temel hak ve özgürlüklerin anayasal güvencesinin sürdürülebilmesi ve erkler ayrılığına dayanan hukuk devletinin gerçekleştirilebilmesi için; kanunların ve yasama organı tarafından oluşturulan, üst düzey bağlayıcı güce sahip hukuk normlarının anayasaya uygunluğunun denetlenmesi mühimdir.⁸³ Bu anayasanın üstünlüğü ilkesinin bir sonucudur. Anayasanın üstünlüğü ilkesinin anayasalara

⁷⁷ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, İstanbul, 9.Baskı, 2008, s.42.

⁷⁸ Erdoğan, a.g.e., s.23-24.

⁷⁹ Atay, a.g.e., s.391-392.

⁸⁰ Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk; İdare Hukuku, s.80.

⁸¹ Gözübüyük, a.g.e., s.30.

⁸² Kaboğlu, a.g.e, s.93.

⁸³ Nohutçu, a.g.e., s.344.

konulması da tek başına yeterli değildir; bunun yanında, etkili bir denetim mekanizmasıyla gerçekleştirilmesi gerekir.⁸⁴

Yasaların anayasaya aykırılığını önlemek ve yasama organını anayasal sınırlar içerisinde tutmak, normlar hiyerarşisinde anayasanın yerini ve üstünlüğünü korumak anayasa yargısının görevidir.⁸⁵ Yargısal nitelikli denetlemede, denetlemeyi yapacak organ bakımından iki farklı uygulama vardır: yasaların anayasaya uygunluğunun denetiminin bütün mahkemelerce yapılabilmekte ya da denetleme özel bir yargı organı tarafından (Anayasa Mahkemesi) tarafından yapılmaktadır.⁸⁶ Anayasa Mahkemesi, yasama organının anayasaya uygun işlemlerini sağlayarak hukuk devletinin gerçekleştirilmesinde önemli bir rol oynar.

Anayasaya uygunluk denetimi esas olarak, bir takım anayasa-altı işlemlerin anayasaya uygunluğunun çeşitli yollarla denetlenmesi ve bu şekilde anayasaya aykırılığın önlenmesi veya giderilmesidir.⁸⁷

Hukuk düzeninin temelini oluşturan, normlar hiyerarşisi, kademelenmiş aşamalı hukuk kuralları anlamına da gelir. En üstte Anayasa olmak üzere, sırası ile yasa, tüzük, yönetmelik gibi kurallar kademelenmesinden oluşur. Her normun bir üst norma uygun olması gerektiğinden, anayasa yasadaki, yasa da tüzük, yönetmelik ve idari işlemlerden üstündür. Nitekim, devlet erklerinin üst normlara bağlılığı ne kadar iyi sağlanabilirse, hukuk devletinin gelişimi de o derece mümkün olacaktır.⁸⁸

Yasaların anayasaya uygunluğunun yargı yoluyla denetlenmesi öngörülmediğinde, kanun koyucunun anayasaya aykırı kanunlar çıkarabilmesi mümkündür. Ve dahi, idareye de anayasaya aykırı ve başına buyruk olarak kullanabilmesi mümkün olan yetkiler verilebilir. Bu durum, kanun koyucunun temel hak ve özgürlükleri sınırlamasının sınırlarını aşarak ve idareye, anayasaya aykırı yetkiler vererek temel hak ve özgürlüklere dokunulmasına imkan verebilir. Yasaların anayasaya uygunluğunun bağımsız ve yansız bir yargı organınca denetlenmediği bir sistemde,

⁸⁴ Akkuş, a.g.e., s.365.

⁸⁵ Duman, a.g.e., s.343.

⁸⁶ Akkuş, a.g.e., s.365.

⁸⁷ Erdoğan, a.g.e., s.84.

⁸⁸ Kaboğlu, a.g.e., s.91.

temel hak ve özgürlüklerin de tam anlamıyla teminat altına alınabilmiş olduğu söylenemez.⁸⁹ Hukuk devletinde yasaların anayasaya aykırı olması mümkün değildir.

1.4.4. Yürütme ve İdarenin İşlemlerinin Yargısal Denetimi

Hukuk devletinde yürütme organının işlemleri de yasama organının işlevleri gibi yargısal denetime tabidir. Sadece, yargısal denetimi yapan mercilerin ve denetlenen işlemlerin niteliğinden kaynaklanan ayrılık söz konusudur. Kamu yararını gerçekleştirebilmek için üstünlük ve ayrıcalıklarla donatılan idare, “kamu kudreti” ne sahip olmakla birlikte, kanuna aykırı davranması ve gücünü kanunsuz ve keyfi kullanması halinde, yargı denetimi yoluyla hukuka uygun davranmaya zorlanır.⁹⁰ Keyfi yönetimi dışlamak, hukuk çerçevesinde yönetimin özünü teşkil eder. Bu ise, kamu otoritelerinin ancak hukuken yetkilendirildiklerinde ve yetki sınırları çerçevesinde faaliyet yapabilmeleri demektir.⁹¹ Hukuk devleti, bütünsel olarak toplumsal meşruluğu inşa etme gayesinde olduğundan, idarenin de muhtelif “yönetmeliklerini” kanunlarla bağlama çabası vardır.⁹² Hukuk devletinde, idarenin hukuka bağımlı kılınması bir gerekliliktir. Normlar, idarenin sınırlarını ve çerçevesini çizer.⁹³

Devletin hukuki tasarruflarını bağlayacak ve sınırlandıracak üstün kurallara ihtiyaç olduğu gibi; bu tasarrufların üstün kurallara muhalefeti halinde bunu tespit edip, hukuk kurallarıyla uyuşmayan durumu ortadan kaldıracak bir yargısal denetime ihtiyaç vardır.⁹⁴ Hukuk devletinde idarenin yargısal yolla denetimi esastır.⁹⁵ İdarenin yargısal denetiminin de iki esas amacı vardır: “*idarenin hukuka uygun davranması*” ve “*İdarenin sorumluluğu*”. İlkinde, idare mahkemeleri, önlerine gelen bir davada idarenin hukuk metinlerine uygun davranıp davranmadığını denetleyecek; ikincisinde

⁸⁹ Günday, Metin, İdare Hukuku, s.41.

⁹⁰ Atay, a.g.e., s.389-390.

⁹¹ Erdoğan, a.g.e., s.118.

⁹² Mehmet Tevfik Özcan, “Hukuk Devleti: Modern Toplumun Hukuk Aracılığıyla Siyasal Meşruiyeti”, İÜHF Mecmuası, C. LXIV, S.2, s.119-144, 2006 s.128.

⁹³ Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 1.Bası, Ekim 2006, s.69.

⁹⁴ Onar, a.g.e., s.128.

⁹⁵ Özay, a.g.e., s.16.

ise, idari etkinliklerden dolayı idarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığı saptayacaklardır.⁹⁶

Yargısal denetimle , idarenin hukuka bağılılığı sağlanır, idare edilenler İdarenin yasal olmayan ve keyfi davranışlarına karşı korunur. İdarenin işlem ve eylemlerinden haksızlığa uğrayanlar, yetkili yargı merciine başvurarak, haksızlığın giderilmesini ve idari işlemin bozulmasını isteyebilir.⁹⁷

Hukuk devletin de, bir yandan idarenin yetkileri mümkün mertebe sınırlandırılmış, diğer yandan da idare üstün yetkilerle donatılmıştır. Şöyle ki, idare, tek yanlı işlem yapabilme yetkisine sahiptir ve “*kanunilik karinesi*” gereği de idarenin işlemlerinin yasal bir dayanağı olduğu ve hukuka uygun bulunduğu varsayılır.⁹⁸ İdarenin tasarruflarının hukuka uygunluğunu somut olarak saptamak için idari etkinliklere, anayasaya, uluslararası sözleşmelere, kanunlara, tüzüklere ve yönetmeliklere, hukukun genel ilkelerine, idarenin yaptığı işlemlere ve eylemlere bakmak gerekir.⁹⁹

İdarenin, bir takım eylem ve işlemlerinde “*yargı kısıntısı*” bulunması, hukuk devleti ilkesine zarar verir. Hangi gerekçeyle olursa olsun, hukuka uygun olmayan bir idari işlemin yargı denetimi dışında tutulması hukuk devleti ile bağdaştırılamaz. İdari yargı denetiminde önemli bir başka nokta ise, “*yürütmenin durdurulması*” ile yargının ağır işleyişi neticesinde oluşması mümkün olumsuz sonuçlara engel olunabilmesidir. Yürütmenin durdurulmasına getirilen istisnalar ise, hukuk devleti ilkesini zedeleyecektir.¹⁰⁰

İdarenin adına hareket eden gerçek kişilerin, yetkilerini kötüye kullanma ihtimalleri ve kanunilik karinesi uyarınca, idari işlemlerin gerçekleştikleri andan itibaren hukuka uygun varsayılmaları; iptal davalarının da yargısal korunma ve hukuk devletinin gerçekleşmesinde önemli bir yeri olduğunu gösterir.¹⁰¹ Tüm bunların yanında, Yargısal denetimde aşırılığa kaçmak, idarenin etkinliklerini felce uğratıp, onu işleyemez hale getirebilir.

⁹⁶ Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk; a.g.e., s.77.

⁹⁷ Gözübüyük, a.g.e., s.28.

⁹⁸ Özay, a.g.e., s.307.

⁹⁹ Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk; a.g.e., s.77.

¹⁰⁰ Kaboğlu, a.g.e, s.93.

¹⁰¹ Özay, a.g.e., s.309.

İdari işlemlerin yargısal denetimini yapmakla görevli mahkeme olarak “-en yaygın kuruluş biçimiyle- Danıştay”, tıpkı kanunların anayasaya uygunluğunun denetimini gerçekleştiren Anayasa Mahkemesi gibi hukuk devletinin yapılanmasında belirleyici bir işleve sahiptir.¹⁰²

Hukuk devleti, kişiye idare karşısında hukukun güvencesini sağlayan bir devlet düzenidir. Yargı denetimi esasında hukuka bağlı devlet düşüncesinin doğal bir sonucudur. Devlet etkinliklerinin kimilerinin hukuka ve kanuna aykırılığı dava edildiğinde, tarafsız ve bağımsız yargıçlardan oluşturulan idari yargı mercileri, gerçekten kanuna aykırılık bulunup bulunmadığını denetler.¹⁰³ Kamu yönetimin yargısal denetimi yapılırken, yargı yerlerinin ve yargıçların bağımsızlığının sağlanması önemlidir. Aksi halde, yargının, yönetim üzerindeki denetimi biçimsel olmaktan öteye gidemeyecektir.¹⁰⁴

“Kamu yetkisi kullanan kişi ve organların, yetkilerini hukukun evrensel ilke ve çerçevesinde, anayasal ve yasal kurallara uygun olarak kullanıp kullanmadıkları denetlenmezse, devletin hukuk çerçevesinde hareket etmesi, biçimsel bir gereklilik olarak kalmaya mahkûmdur. Bu nedenle, yürütme ve idarenin iş ve işlemlerinin de denetlenmesi gerekmektedir. İdarî yargı da bu ihtiyacın bir sonucudur”.¹⁰⁵

Hukukun üstünlüğüne riayet etmesi devletin meşruluğunu güçlendirir. Onun keyfiliğe kaymayacağından, gizli kapaklı ve hikmetinden sual olunamayacak işlere bulaşmayacağından ve kimseye ayırım yapmayacağından emin olan yurttaşlar, devlete daha fazla güven duyarlar.¹⁰⁶

“Hukuk devleti ilkesinin bütün kurum ve kuralları ile yerleşebilmesi, öncelikle hukuka bağlı bir idarenin varlığı ile yargısal denetime tabi tutulmasına bağlıdır”.¹⁰⁷

¹⁰² Kaboğlu, a.g.e., s.94.

¹⁰³ Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk; a.g.e., s.68.

¹⁰⁴ Gözübüyük, a.g.e., s.28.

¹⁰⁵ TBMM Genel Kurul Tutanağı, 22. Dönem 3. Yasama Yılı, 37. Birleşim 22 Aralık 2004

¹⁰⁶ Erdoğan, "Hukuk Devleti", s.268.

¹⁰⁷ Füzünan İkinioğulları, “Hukuk Devleti”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, 1997, s.29.

1.4.5. Yargı Bağımsızlığı ve Yargıç Güvencesi

Hukuk devletinde egemenliğin paylaşıldığı kurum ve organların birbirine üstünlüğü bulunmamasına ve yetkilerinin işlevsel bir işbölümüne göre kullanılmasına rağmen, bu sistemde, “Yargı, hukukla özdeşleşmesi ve onun simgesi sayılması nedeniyle, *primus inter pares* yani eşitler arasında önde gelen konumundadır.”¹⁰⁸ Yargı’nın diğer erklerle üstünlüğü, yargı organının kendisinin değil, hukukun üstünlüğünü ifade eder. Yargının bağımsızlığından gaye de nitekim, siyaset karşısında hukukun üstünlüğünü gerçekleştirmek içindir.¹⁰⁹ Yargısal kuruluşların etki altında kalıp siyasallaşması ise, hukuk devletinin sonu olur.¹¹⁰ Yargının siyasi nitelikten uzak olması hukuk devletinin zorunlu unsurudur. Yargı, hukuk devletinde “hukukun sözcüsü” ve “gözcüsü” konumundadır.¹¹¹

Yargıç, sadece, yasayı, anayasayı ve hukukun genel ilkelerini dikkate alarak daha önce konulan normlara uygun olarak karar verir.¹¹² Anayasa yargısına ilişkin norm ve kurumların varlığı, hukuk devletinin en mühim koruyucu mekanizmasıdır. Fakat, Anayasa yargısının bir anlam ifade edebilmesi için, bağımsız olması ve kuvvetler ayrılığı çerçevesinde bir niteliğe sahip olması icap eder.¹¹³

Bir hukuk devletinde, yasama ile yürütme birbirine az veya çok bağımlı olabilir, buna karşılık, devlet faaliyetinin etkin bir biçimde denetlenebilmesi için yargı yetkisini haiz mahkemelerin ve hakimlerin, yasama ve yürütmeden bağımsız olmaları zorunludur. Yasama ve yürütmeden bağımsız olmayan yargıçların yönetenleri bihakkın denetleyebilmeleri mümkün değildir.¹¹⁴ Bağımsız yargı güvencesinden muaf bir sistemde, hukuk devletinin varlığından söz edilemez. “Bağımsız yargı, insan hak ve özgürlüklerinin de güvencesidir”. Anayasa ve onun altındaki kuralların bireylere keyfi olarak uygulanmasını önler.¹¹⁵

Yargı denetimi yapmakla görevli yargıç ve savcılar, kendilerine tanınan güvence (teminat) çerçevesinde görev yapmaları beklenir. Güvence, yargıçların bağımsızlığını

¹⁰⁸ Özay, a.g.e., s.27.

¹⁰⁹ Kaboğlu, a.g.e., s.94.

¹¹⁰ Nohutçu, a.g.e.,s.88.

¹¹¹ Sezer; Kırıt; Boyar, a.g.e.s.34-35.

¹¹² Kaboğlu, a.g.e., s.94.

¹¹³ Sezer; Kırıt; Boyar, a.g.e.s.34.

¹¹⁴ Erdoğan, a.g.e., s. 269.

¹¹⁵ Sezer; Kırıt; Boyar, a.g.e.,s.18.

korumayı sağlar.¹¹⁶ Yargı bağımsızlığının geçerlilik koşulu ve mahkemelerin bağımsızlığı ilkesinin tamamlayıcı unsurudur. Yargıç güvencesi; karar esnasında ve öncesinde, hiçbir dış baskı ve etki altında bulunmadan görev yapma ve karardan sonrasında da görevden alınamama güvencesini kapsar.¹¹⁷ Böylece, yargıcın bütün korku ve kaygıdan uzak bir karar verebilmesini, verdiği karar neticesinde de başka bir göreve atanmamasını veyahut azledilememesini sağlar. Baskıya maruz kalmak kadar, baskının yapılabilmesi ihtimali de yargıçların bağımsızlığını zedeler.

“Adalet dağıtma da denilen yargılamanın” iyi bir şekilde işleyebilmesini sağlamak için, hakimin yargılama dışı, dış etkenlere maruz kalmadan karar verebilmesi gerekir.¹¹⁸ Yargının, iktidar sahiplerinden gelebilecek müdahalelerden masum olması gerekir. Hakim, dış etki ve baskılardan korunmadığında adaleti hukuka uygun, yansız ve bağımsız dağıtamaz.¹¹⁹ Yargıç, yasama ve yürütme organlarından bağımsız, anayasaya ve hukuka uygun olarak kendi vicdanına göre hüküm verebilmelidir.

1.4.6. Kanuni İdare (Yasal Yönetim)

Hukuk devletinin esaslarından bir olarak, kanuni idare ilkesi gereğince: yasama organı, idarenin kuruluş ve teşkilatlanmasında asli yetkiye sahiptir. Bir idari kuruluşun kendiliğinden var olması mümkün değildir ve yetkilendirilmeden kamu görevlerini yürütemez, varlığını kanunlardan almak zorundadır. İdari makamlar ya kanunla ya da kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak idari işlemle kurulurlar. Görevlerini kanuni bir yetkiye dayanarak yerine getirirler, hukuka ve kanunlara uygun hareket etmek zorundadırlar (hukukilik karinesi).¹²⁰ İdare edimlerinin hukuksal temelini ve sınırlarını sadece kanunlarda ya da hukuk metinlerinde bulmalıdır. Hukuk devletinde idare, tüm düzenleyici işlemlerinin temelini kanunlara dayandırmak zorundadır.¹²¹

Yasal İdare ilkesinin; “kanuna dayanma” ve “kanuna aykırı olmama” olmak üzere iki ilkesi bulunmaktadır. Kanuna dayanma ilkesine (secundum legem) göre idare,

¹¹⁶ Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk; a.g.e., s.78.

¹¹⁷ Sezer; Kırıt; Boyar, a.g.e.s.37.

¹¹⁸ Kutlu, a.g.e., s.169.

¹¹⁹ Atay, Hukuk Başlangıcı, s.389.

¹²⁰ Nohutçu, a.g.e.,s.88.

¹²¹ Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk; a.g.e., s.67.

yasama organı tarafından düzenlenmemiş bir konuda düzenleme yapamaz ve bir edimde bulunamaz. Yani, İdarenin eylem ve işlemlerinin kanuna dayanma zorunluluğu vardır. Yasama yetkisi asli ve ilkel bir yetki olmasına rağmen İdarenin yetkisi, istisnalar dışında, türev (bağlı) bir yetkidir. Kanuna aykırı olmama (intra legem) ilkesine göre ise idare, kanunun çizdiği sınırlar içinde faaliyet gösterir.¹²²

Kanuni idare ilkesinin gerçekleşebilmesi için: “Kanunların genel, soyut, nesnel ve bireysel olmayan hükümler içermesi; temel hak ve özgürlüklere, insan onuruna saygı göstermesi; temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması; ve ancak, kanunun bulunduğu yerde ve o derecede idare vardır anlayışının benimsenmesi”, koşullarının bir arada bulunması gerekir.¹²³ Bu yönüyle, birey için büyük bir güvencedir.

Yönetimin haiz olduğu yetkilerin sadece kanunlara dayandırması da yeterli değildir. İdare herhangi bir eylem ve işlemden bulunurken, kanunlara saygılı olmalı ve yürürlükteki kanunlara gerçekten uymalıdır. Kanunları sadece şeklen uygular görünmek de hukuka aykırı yönetime kötü bir örnek teşkil eder.¹²⁴

Ne var ki, yasa koyucunun, idarenin bütün eylem ve işlemlerini tüm ayrıntılarıyla düzenlemesi mümkün değildir. Zaten, aksi yönde bir uygulama da, idarenin işleyişini olumsuz olarak etkileyecektir. Yasalar, ana kuralları belirtmekle yetinmeli; geri kalanı, idarenin düzenleme yetkisi içinde ele alınmalıdır.¹²⁵

1.4.7. Hukukun Genel İlkelerinin Geçerliliği

Devlet faaliyetlerinin, hukukun evrensel olarak kabul görmüş ilkelerine uygun olarak yürütülmesi de hukuk devletinin önemli gerekliliklerinden biridir. Hem yasama ve yürütme organlarının hem de idari makamların, bu ilkeler çerçevesinde hareket etmesi, yönetilenlerin belirli bir istikrar ve düzen içinde yürütülecek devlet faaliyetlerini öngörebilmelerini sağlayarak hukuki güven ve belirliliğe (istikrara)

¹²² Gürbüz, a.g.e. , s.18.

¹²³ Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk; a.g.e., s.76.

¹²⁴ Gözübüyük, a.g.e., s.27.

¹²⁵ Gözübüyük, a.g.e., s.27.

kavuşmalarını sağlayacaktır.¹²⁶ Bu ilkeler, hukuk devletinin geçerli olduğu ülkelerde benimsenmiştir.

Hukukun ve devletin tüm organlarının uymak zorunda olduğu hukukun genel ilkelerini şöyle sıralamak mümkündür: “Kazanılmış (müktesep) haklara saygı, Kanunların ve idari işlemlerin geriye yürümemesi, özel kural-genel kural çatışmasında özel kurallara güven”, “İdarenin faaliyetlerinin istikrarı, belirliliği ve öngörülebilir olması (Düzenli idare ilkesi), suç ve cezaların kanunla düzenlenmesi”, “Hiç kimsenin kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaması” (Kanuni hâkim güvencesi), Kimsenin, “işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun, suç saymadığı bir fiilden dolayı” cezalandırılamaması, “Kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza” verilememesi, “Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar”, kimsenin suçlu sayılamaması (Masumiyet Karinesi), Hiç kimsenin “kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaması, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların, delil olarak kabul edilememesi, ceza sorumluluğunun şahsi olması”, “ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilememesi, İdarenin, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucu doğuran bir müeyyide uygulayamaması, Ahde vefa, İyi niyet...”¹²⁷

Hukuk güvenceleri arasında bilhassa hak arama özgürlüğünün, adil yargılanma ilkesinin ve suçsuzluk karinesinin vazgeçilemez bir önemi haizdir. Ayrıca bilhassa ceza hukuku bakımından "kanunların geçmişe yürümezliği" hukuk devletinin temel bir gereğidir.¹²⁸

1.4.8. Kanun Önünde Eşitlik İlkesinin Benimsenmesi

Hukuk devletinde herkes yasa önünde eşittir. Adaletin de bir gereği olarak, kanunlar benzer durumda olan herkes için aynı hüküm ve sonucu öngörür. Bir temel hak ve hürriyet olarak eşitlik ilkesi, bireylere bu ilkeye dayanarak eşit işlem görme ve kendilerine farklı muamelede bulunulmamasını isteme hakkını sağlar.¹²⁹

¹²⁶ Nohutçu, a.g.e.,s.88.

¹²⁷ Nohutçu, a.g.e., s.89.

¹²⁸ Erdoğan, a.g.e., s.269.

¹²⁹ Atay, a.g.e., s.393.

Hukuki eşitlik insanların onurları bakımından eşit olduklarını öngören ahlaki düşünceyle ilişkilidir. Kişiler insan olmak bakımından eşit değere sahiptir ve eşit saygıyı hak eder. Bunun hukuktaki karşılığı ise, “hak eşitliği”dir. Hak eşitliğini mümkün kılmanın asgari şartı ise hukukun tarafsızlığıdır. Bu anlamda, eşitlik ilkesi bir taraftan ayrımcı muameleyi, diğer taraftan da ayrıcalık (imtiyaz) tanınmasını yasaklar.¹³⁰

Hukuk Devleti'nin siyasi-idari karar alıcıları ve uygulayıcıları yurttaşlar arasında keyfi ayrımı yapamazlar. hukuk önünde herkes eşittir. Toplumun kültürel, etnik, dini- mezhebi, cinsel bakımlardan farklılaşan unsurlarının hiçbirisi ne hakim kimliğe mensup olduğu için kayırma görür ne de azınlıkta olduğu için mağdur edilir.¹³¹

Hukuk devleti, “hukukun, hukukun uygulamalarının ve tüm devlet faaliyetlerinin eşitlik ilkesini gözetmesini”, fertler arasında keyfi bir ayrım yapılmamasını gerektirir. Devlet bireyi, gerek insan hakları bağlamında “insan”, gerek medeni haklar ve hukuk bağlamında “kişi” veya gerekse siyasi haklar bağlamında “vatandaş” olarak muhatap alsın, her durumda bireylere eşit muamele etme yükümlülüğü vardır”.¹³²

Kişisel ve özel durumlarına bakılmaksızın aynı hukuksal durumda olanlara aynı kural ve kanunların uygulanması, “eşitlerin eşitliği”, yatay (mutlak/şekli) eşitliği; farklı durumlarda olanlara farklı kuralların uygulanması ise, dikey (nisbi) eşitliği ifade eder. Nitekim, farklı durumda olanlara aynı kuralların uygulanması eşitsizliklere neden olabilir. Dikey eşitlik bir anlamda eşit olmayanların eşitsizliğidir.¹³³ Kişisel durumları “özdeş” olanlar arasında ise, mevzuatla konulan kurallarla farklı uygulamalar yapılamaz.¹³⁴

1.4.9. Devlet Faaliyetlerinin Belirliliği (Düzenli/İstikrarlı İdare)

Devlet faaliyetlerinin belli ölçüde belirli olması hukuk devletinin bir gereğidir. Böylelikle, idarenin etkinliklerinin önceden belli ölçüde görülebilirliği ve

¹³⁰ Erdoğan, Anayasal Demokrasi, s.146-147.

¹³¹ Erdoğan, "Hukuk Devleti", s.268.

¹³² Erdoğan, "Hikmeti Hükümetten Hukuk Devletine Yol Var Mı?", s. 53.

¹³³ Nohutçu, a.g.e., s.90.

¹³⁴ Atay, a.g.e., s.394.

öngörülebilirliği sağlanmış olacaktır. Kanunların idareye takdir yetkisi verdiği durumlarda bile, idare tamamıyla serbest ve keyfi davranamaz. Yani, belli bir serbesti tanınan konularda dahi idare; bu konuyu “tüzük, yönetmelik gibi idari metinlerle objektif olarak düzenlemek” ve böylelikle, hukuki istikrarı sağlayarak, buna uymak mecburiyetindedir. Buna “düzenli idare ilkesi” denmektedir.¹³⁵

1.4.10. İdarenin Mali Sorumluluğu

“Hukuk devletinde idarenin hukuki, siyasal, yönetsel ve cezai sorumluluklarının yanında, vermiş olduğu zararları mali olarak tazmin etmesini öngören mali sorumluluğu da bulunur.”¹³⁶ İdarenin kamu hizmetlerini gerçekleştirirken, işlem ve eylemleri sonucunda bireylerin bir zarara uğraması halinde bu zararın devlet (idare) tarafından tazmin edilmesi gerekir.¹³⁷

İlk defa hazine kuramıyla ortaya çıkan “idarenin mali sorumluluğu”, hukuk devleti anlayışının yerleşmesiyle, İdarenin yürüttüğü hizmetlerdeki aksaklıklar “hizmet kusuru” olarak görülmüş ve idare, bu faaliyetlerindeki aksaklıklardan dolayı meydana gelen zararı tazmin etmekle yükümlü tutulmuştur. İdari edimlerden zarar görenlerin, bu zararın tazminini yargısal yollardan talep etmesinin önü açılmıştır.¹³⁸ Hukuk devletindeki gelişmeyle birlikte ise, İdarenin yürüttüğü faaliyetlerde bir kusur bulunmasa dahi, zarar gören kişi/lerle faaliyet arasında bir illiyet bağı bulunması durumunda da, “kusursuz sorumluluk ilkesi” gereği olarak, zarar görenin zararını mali olarak karşılamaya başlamıştır.¹³⁹

¹³⁵ Günday, İdare Hukuku, s.45-46.

¹³⁶ Nohutçu, a.g.e., s.91.

¹³⁷ Atay, İdare Hukuku, s.101.

¹³⁸ Gürbüz, a.g.e., s.20.

¹³⁹ Nohutçu, a.g.e., s.91.

BÖLÜM II

TÜRKİYE’DE HUKUK DEVLETİNİN GELİŞİMİ

Türkiye’de hukuk devletinin gelişimine baktığımızda (Osmanlı-Türk hukukunda) , bilhassa Cumhuriyet’in bir dönüm noktası olduğu görülür. Hukuk devleti anlayışındaki değişim ve dönüşümlerin en yoğun olarak yaşandığı bu dönem öncesini ve sonrasını birbirinden ayırmak en uygunu olacaktır. Bu sebepten, konuyu, “Cumhuriyet öncesi dönem” ve “Cumhuriyet sonrası dönem” olmak üzere iki ana başlık altında inceleyeceğiz.

2.1. CUMHURİYET ÖNCESİ DÖNEM

Osmanlı İmparatorluğu “mutlak monarşi” dönemi, klasik “polis devleti” ne benzer ama ondan, padişahın tümüyle başına buyruk değil, şariat hukukunun ilkelerini de gözeterek, ferman, emir, hat ve hattı hümayun gibi tasarruflarla hukukun oluşmasında etkili olması ve bu hukuk kurallarına bizzat kendisinin uymasıyla, ayrıldığı uygulamalar söz konusudur.¹⁴⁰ Şariat hükümleri dışında, çıkarılan muhtelif kanunnameler hükümdarın yasama sahasında oynayabildiği önemli rolü göstermesi bakımından önemlidir.¹⁴¹

¹⁴⁰ Duman, a.g.e., s.12

¹⁴¹ Kaboğlu, a.g.e., s.97

Tanzimat öncesinde Osmanlı Devleti mutlak bir hükümdarlıktı. Devletin, yasama, yürütme ve yargı erkleri padişahın şahsında toplanmaktaydı. Teokratik yapı, hükümdarın yetkilerini “ruhani alana” taşımaktaydı. Padişahın yetkileri sadece, şer’i hukuk, kendi çıkardığı yasalar ve geleneklerin oluşturduğu örfi hukuk ile kısıtlanmıştı. Padişahların, kimi zaman bu kısıtlı sınırlamalara dahi uymamaları, hukuk güvenliğini sarsıyordu. 18. yüzyılda, idarenin bozulmasıyla ve hukuka aykırı uygulamaların çoğalmasıyla; idareye olan güvensizlik de artmaya başlamıştı.¹⁴²

O dönemin ve Osmanlı anayasacılık hareketinin üç önemli adımı olan Senedi İttifak, Tanzimat Fermanı ve Islahat Fermanı şekli değil ama maddi anlamda anayasa olarak kabul edilmektedir.¹⁴³

2.1.1. SENED-İ İTTİFAK (1808)

18. yüzyıl sonlarında, II.Mahmud döneminde, merkeze bağılılıkları zayıflayan Anadolu ve Rumeli’deki kimi eyalet ve livaların ayanları; merkezi otoriteye karşı gelerek, başlarına buyruk davranır olmuşlardı. Ülkenin dirlik ve düzenini sağlamak için, ilk olarak, merkezi otoritenin gücünü tehdit eden bu yerel otoriteleri ortadan kaldırmak gerekiyordu. Merkezi idarenin, iç çevrelerin desteğini alarak otoritesini güçlendirmesi gerekiyordu. Eski bir ayan olan, dönemin sadrazamı Alemdar Mustafa Paşa, bu gaye ile, ayanları “meşveret-i amme’ye” (genel toplantıya) çağırdı.¹⁴⁴ Bu görüşme neticesinde, 7 Ekim 1808’de, merkezi hükümet ve ayanlar arasında; Giriş, 7 madde ve zeyl (ek) olmak üzere üç bölümden oluşan, Senedi İttifak adı verilen belge imzalanmıştır.¹⁴⁵ Anadolu ve Rumeli Ayanı ile Padişah arasında düzenlenen bu sened, akdi (sözleşmesel) nitelik taşıyan siyasal bir belgedir.¹⁴⁶

Bu ittifakname hükümete ve Rumeli ayanına karşılıklı borçlar yüklemekteydi. Yani, bu senede ayan ne derecede riayet etmeye mecbursa, hükümet de aynı suretle riayete mecburdu.¹⁴⁷ Ayanlar (taşra yöneticileri) padişaha siyasi, askeri, hukuki ve

¹⁴² Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, s.33

¹⁴³ Nohutçu, a.g.e., s.24

¹⁴⁴ Bilal Eryılmaz, Tanzimat ve Yönetimde Modernleşme: İşaret Yayınları, İstanbul, 4.Baskı: 2017, s.52-53

¹⁴⁵ Nohutçu, a.g.e., s.21

¹⁴⁶ Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk; a.g.e., s.88

¹⁴⁷ Onar, a.g.e.,s.134-135

ekonomik bağılıklarını bildirmiş, karşılık olarak da bu konularda kendileri için bir takım sözlü güvenceler almışlardı.¹⁴⁸

Anayasal gelişmenin ilk adımı sayılabilecek bu belgede, devlet işlerini sadece resmi sifata haiz memurların icra edeceği; sadrazamın da iktidarın kullanılmasına katılarak, bundan mesul olacağı; ayanların ise, devlete karşı ayaklanmalarda, bunun bastırılmasına yardımcı olacağı ikrar edilmiştir.¹⁴⁹ Belge, hükümdarın yetkilerini frenleyecek objektif bir hukuk vesikası niteliği kazanmamışsa da, ilk kez, padişahın otoritesi sınırlandırılmıştır.

2.1.1.1. Sened-i İttifak'ın Hukuk Devleti Açısından Değeri

Osmanlı İmparatorluğunda, ilk defa bu İttifakname ile padişahın ve hükümetin iradesinin üstünde bir hukuk kaidesi yaratılmaya çalışılmıştı. Bu yönüyle, “ilk amme hukuku kaidesi” ve hukuk devletine doğru bir adım olarak da kabul edilebilir. Böylece, karşılıklı olarak, hükümete ve Rumeli ayanına borçlar yüklenilmişti.¹⁵⁰ Bu yönüyle de, karşılıklı bir mukavele ve akit yani sözleşme niteliğinde bir belgedir (misaktır). Anayasa değilse de, ilk Anayasal belgedir. Şekli anlamda olmasa da maddi anlamda anayasa niteliği taşımaktadır.¹⁵¹

Bu Sened ile ilk kez, padişahın otoritesi sınırlandırılarak, ülkede derebeylik sistemine benzer mahiyette olan mahalli otoritelerin varlığı yasallaşmıştı.¹⁵² Ayrıca, yoksul halk için de haksız vergilerin sona erdirilmesi, cezanın soruşturma olmadan verilmeyeceği gibi hükümleri içermekteydi.¹⁵³

Sened-i İttifak'la Türk tarihinde ilk kez, bir devlet başkanının (padişahın) bile dokunamayacağı kimi alanların varlığı kabul ediliyordu.¹⁵⁴ Fakat, hükümlerinin tatbik edilmesini sağlayacak bir mekanizma öngörülmemişti.¹⁵⁵

¹⁴⁸ Sezer; Kırıntı; Boyar, a.g.e., s.66

¹⁴⁹ Özbudun, a.g.e., s.27

¹⁵⁰ Onar, a.g.e., s.134-135

¹⁵¹ Nohutçu, a.g.e., s.22

¹⁵² Eryılmaz, a.g.e., s.55

¹⁵³ Sezer; Kırıntı; Boyar, a.g.e., s.66

¹⁵⁴ Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk; a.g.e., s.89

¹⁵⁵ Nohutçu, a.g.e., s.22

2.1.2. GÜLHANE HATT-I HÜMAYUNU

Sultanların, uyruklarına, yönetimde adalet vaadettiği hattı hümayunlar daha evvel de mevcuttur. Bu Ferman da, bir geleneğe dönüşen adaletnamelerin devamı niteliğindedir. Benzerlerinden onu ayırırsa, devlet idaresine getireceği köklü değişikliklerdir.¹⁵⁶ Tanzimat Fermanı* olarak da bilinen Gülhane Hattı'nın ilanı Tanzimat Dönemi (1876-I.Meşrutiyet'e kadar) nin de miladıdır. Ve bu yönüyle, devlet ve toplum hayatında bir dönüm noktası teşkil eder.

Dönemin Hariciye Nazırı (Dışişleri Bakanı) Koca Mustafa Reşit Paşa tarafından hazırlanan Hatt-ı Hümayun, 3 Kasım 1839 tarihinde; devlet ricalinin, din adamlarının, yabancı diplomatların ve halkın¹⁵⁷ hazır bulunduğu, Gülhane Parkı'nda, Padişah Abdülmecid adına ilan olunmuştur.

Gülhane Hatt-ı Hümayun'u, auto-limitation (kendi kendini sınırlama) niteliğinde bir fermanıdır. Anayasa değil, Padişahın tek yanlı iradesiyle ortaya çıkardığı bir buyruktur.¹⁵⁸ İçeriğinde yer alan ilke ve kurallar herhangi bir Avrupa hukuk sistemine dayandırılmamış, şer'i hükümlere istinad ettirilmiştir.¹⁵⁹ Şariatçı ve gelenekçi anlayış sürdürülmekle birlikte; devlet anlayışı, idare prensipleri ve kanunlarda modern kavramlar getirilip, idarenin sil baştan düzenlemesi amaçlamıştır.¹⁶⁰ Bu dönemde, henüz “oturmamış yeni kurumlar ve eski geleneklerin çatışmasından doğan bir düalizm” söz konusudur.¹⁶¹

Tanzimat, topyekün değişim ve yeniden yapılanıştır. Osmanlı Devleti'nin tüm sistemleri Tanzimat'tan az ya da çok etkilenmiştir. Bu dönemde, eski medeniyet ve dini dünya görüşüne bağlılıkla birlikte, artık Avrupa'nın üstünlüğü de esas alınmaya başlanmıştır.¹⁶²

¹⁵⁶ Halil İncalcık, “Senedi İttifak ve Gülhane Hattı Hümayunu”, Türk Tarih Kurumu, Belleten, XXVIII/109-112, Ankara 1964, s. 611

*Bkn. Tanzimat Fermanı sadeleştirilmiş metni: Halil İncalcık, Devlet-i Aliyye, Osmanlı İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar IV, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, s.135-147

¹⁵⁷ İlber Ortaylı, Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi, Cedit Neşriyat, Ankara 2012, 4.Baskı, s.401

¹⁵⁸ Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk; a.g.e., s.89

¹⁵⁹ Eryılmaz, a.g.e., s.106

¹⁶⁰ Halil İncalcık, a.g.e., s. 622

¹⁶¹ Ortaylı, a.g.e., s.406

¹⁶² Eryılmaz, a.g.e., s.97-98

Şahsi ve keyfi kararların yerine, genel soyut ve süreklilik arz eden kurallar geçirilmek istenmiş, devletin idaresi, bir tek kişinin iradesi olmaktan çıkmış, heyetlerin, kurulların iradesine tabi kılınmıştı.¹⁶³ Önemli sorunların çözümü için çeşitli meclisler oluşturulmuştu. Bu meclislerin aldıkları kararlar, 1837’de kurulan “Meclis-i Vala-yı Ahkam-ı Adliyye”de son biçimini alıyor ve daha sonra padişahın onayına sunuluyordu. Yapılan düzenlemelerle ve şariat kurallarına uyarak kişilere can, mal, ırz ve namus güvenliği getirilmiş; vergi ve askerlik konularında eşitliğe uyulacağına söz verilmişti. Suçluların yargılanmasında kayırma olmayacağı vurgulanmış ve memur hukukunun yeniden düzenlenmesi öngörülüyordu.¹⁶⁴

Tanzimat, kanun devletine geçti. Devletin siyasal, sosyal ve ekonomik yapısını batı örneğine göre düzenlemeyi; devleti, insan haklarına saygılı, yurttaşların eşitliğini güvence altına alan ve kanunlara uygun hareket eden bir siyasal yapıya dönüştürmeyi amaçlamıştı.¹⁶⁵ Gülhane Hattı Hümayunu ile başlayan kanunlaştırma (codification) çabaları, yetersiz de olsa, yaptırım gücü bulunmasa da, Batı’dan hukuk devletinin temellerini teşkil eden kural ve kurumlar alınarak; Türkiye’de hukuk devleti tarihinin ilk tohumları atılmıştır.¹⁶⁶

2.1.2.1. Gülhane Hatt-ı Hümayunu’nun Hukuk Devleti Açısından Değeri

“Tanzimat Fermanı ne ruhen ne de lafzen bir anayasa değildir. Ancak getirmek istediği kurumlar silsilesi itibariyle Türkiye tarihinde anayasal bir harekettir.”¹⁶⁷ Belgede tebaaya yeminle verilen güvenceler yine de padişahın arzu ve iradesinden kaynaklandığından, bir anayasa sayılamaz. Böyle olmakla birlikte, onu bir anayasaya yaklaştıran nokta tebaa önünde değişmez temel hakların tanınmış olmasıdır.¹⁶⁸ Hukuki şekil ve karakter yönünden Tanzimat Fermanını, genel kabule uygun, bir *berat*, bir *charte* saymak doğru olur.¹⁶⁹

¹⁶³ Uygun, a.g.e., s.257

¹⁶⁴ Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk; a.g.e.,s.89-90

¹⁶⁵ Uygun, a.g.e., s.256

¹⁶⁶ Kaboğlu, a.g.e., s.89-101

¹⁶⁷ Ortaylı, a.g.e., s.405

¹⁶⁸ Halil İnalcık, “Türk Tarihinde Türe ve Yasa Geleneği”, Doğu Batı Dergisi: Hukuk ve Adalet Üstüne, Sayı:13, Kasım-Aralık-Ocak 2000-01, S.174-175

¹⁶⁹ Kapani, a.g.e., s.97

Batıdaki haklar beyannamelerinde görüldüğü gibi, kişi haklarını belirli bir tertip ve sistem içinde madde madde sıralayan bir sistem yada katalog yoktur.¹⁷⁰ Fakat, Ferman negatif statü haklarını, amme hizmetlerine katılma ve bu alanda eşitliği ifade eden aktif statü haklarını, öngörmüştür. Ayrıca, isteme haklarını da (pasif statü) kapsamaktadır.¹⁷¹

Hak ve dokunulmazlıklar ile ilgili hükümlerine bakıldığında, ferman ile kişilere; can ve mal güvenliği, ırz ve namuslarının (şeref ve haysiyetlerinin) korunacağı, yasalar karşısında herkesin eşit olacağı ve dini inanç nedeniyle ayırım yapılamayacağı, vergide adaletin sağlanacağı, suç işlediği yargı kararı ile kesinleşmedikçe ceza verilemeyeceği (kanunsuz suç ve ceza olmaz), yargılamanın mahkemelerce yapılacağı ve duruşmaların açık olacağı, kanunlara uymayanların devlet görevlisi de olsalar cezalandırılacağı sözü verilmiştir.¹⁷²

Kanunun kişi, zümre ve idarecilerin ve hatta hükümdarın üstünde “herkese eşit olarak uygulanan genel kaide vasfı”, batıdan alınmış bir yeni kavramdır. İdareyi suistimallerden koruma fikriyle, o zaman anayasalara girmiş olan “mahkemelerin aleniliği, vergi mükellefiyeti ve askerlik hizmetinin kanunlar dairesinde yerine getirilmesi” gibi hattın özünü teşkil eden esaslar da keza Batı etkilerini gösteren noktalardır.¹⁷³

Bu Ferman, idareyi hukuka bağlama çabasının önemli bir belgesidir.¹⁷⁴ Devlet yönetimi ile ilgili hükümlerine bakıldığında: Kamusal alanın yeni yasalarla düzenleneceği, yasaların onu yapanları da bağlayacağı, din ayırımı gözetmeksizin devletin tüm uyruklarına eşit davranacağı, eşit haklar tanıyacağı, devlet harcamalarının denetleneceği ilan olunmuştur.¹⁷⁵

Bu Ferman, hukuk devletinin gelişimi bakımından önemli bir belgedir. Eşitlik konusunda ilk esasları getirmiştir. Padişah fermanda yer alan ilkelere uyacağına dair

¹⁷⁰ Kapani, a.g.e., s.93

¹⁷¹ Ortaylı, a.g.e., s.406

¹⁷² Nohutçu, a.g.e., s.23; Sezer; Kırıt; Boyar, a.g.e. s.67

¹⁷³ İnalçık, "Sened-i ittifak ve Gülhane Hatt-ı Hümayunu", s. 620

¹⁷⁴ Gözübüyük ve Tan, a.g.e., s.40

¹⁷⁵ Nohutçu, a.g.e., s.23

söz vermişse de, bu ilkelerin etkinliğini sağlayacak, uymadığında bunları denetleyebilecek bir mekanizma öngörülmemiştir.¹⁷⁶

Gülhane Hatt-ı Hümayunu bir auto-limitation niteliğindedir: padişah kendi mutlak gücünü, kendi iradesi ile sınırlandırmış ve takdiri değil, daha evvelden konulan hukuk kurallarıyla bağlı olacağını taahhüt etmiştir. Hattı Hümayun'a bakıldığında, hukuk devletine doğru bir adım olmakla beraber bunu gerçekleştirmekten çok uzak ve kifayetsiz olduğu görülür.¹⁷⁷

Ferman bir anayasa metninin taşıması gereken sistematikten uzak hazırlanmıştır. Kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin yeteri kadar ortaya konulup, güvencelenmediği görülmektedir. Netice itibariyle , ilan edilen hakların yeni bir kural konularak değiştirilmesi ya da de-facto (fiili) olarak ihlal edilmesi karşısında işletilebilecek yasal bir mekanizma veyahut padişah tarafından tıpkı alelade birer yasaymışçasına ortadan kaldırılmalarını engelleyecek bir mekanizma bulunmamaktadır.¹⁷⁸ Bu bağlamda, bu belgede de padişahın mutlak otoritesinin buyurduğu işlemleri denetleyebilecek bir bağımsız yargı organının varlığından da bahsedilemez.

2.1.3. ISLAHAT FERMANI

1856 tarihli Islahat Fermanı, hukuk devletine giden yolda önemlidir. Gülhane Hatt-ı Hümayunu gibi, padişahın tek taraflı irade açıklaması biçiminde oluşmuştur. Bir haklar bildirgesi olması itibariyle anayasal nitelikte olmasına rağmen, tıpkı Tanzimat Fermanı gibi bir anayasa sayılamaz.

Islahat Ferman ile farklı dinlere bağlı bulunan insanlar arasında ayrım gözetilmeyeceği ilkesini içeren detaylı düzenlemeler getirilmiştir.¹⁷⁹ Bu Ferman özünde, Hristiyan uyrukluların yönetim ve eğitim haklarını tanımış olması ve eşitlik ilkesini getirmesiyle bilinir. Eşitlik ilkesi sadece gayrimüslim'lerin durumunu

¹⁷⁶ Nohutçu, a.g.e., s.23

¹⁷⁷ Onar, a.g.e.,s.138

¹⁷⁸ Sezer; Kırıntı; Boyar, a.g.e.s.67-68

¹⁷⁹ Sezer; Kırıntı; Boyar, a.g.e., s.67

iyileştirmek amacıyla konmuştur. Buna karşın, Islahat Fermanı'nın, temel hakların güvence altına alınma çabasını gösteren bir adım olduğu söylenebilir.¹⁸⁰

1856 tarihli bu Ferman ile idari işlemlerin yargısal denetimi kabul edilerek, 1868'de “Şurayı Devlet” (Devlet Şurası- Danıştay) ile “Divan-ı Ahkam-ı Adliyye” (Yargıtay) kurulmuştur.¹⁸¹ Danıştay'a ve idare kurullarına “*idari yargı*” yetkisi tanınmıştır. Bu, idarenin yargı yolu ile denetimi konusunda atılmış ilk adımdır.¹⁸² Ne var ki, 1868 yılında Fransa'dan öykünülerek oluşturulmaya çalışılan idari yargı sistemi, bir özentiden öteye gidememiştir. İdare hukukunun gelişmesi ve idari yargı sisteminin uygulanması ise ülkemizde ancak, Cumhuriyet döneminde Danıştay'ın yeniden kurulmasıyla mümkün olabilmıştır.¹⁸³

2.1.4. KANUN-İ ESASİ

Halk iradesine dayanan, birey haklarını esas alan ve devlet başkanının yetkilerini sınırlandıran Batı anayasa rejimi, Türkiye'de ilk defa, “Avrupa'ya güvence verme zarureti”¹⁸⁴ve yeni Osmanlılar'ın, monarşiyi meşruti hale getirme çabaları” neticesinde, daha önceki fermanlarda olduğu şekliyle yine bir Hattı Hümayun¹⁸⁵ ile, 23 Aralık 1876 da ilan edilen Kanun-i Esasi; “Belçika Anayasası esas olmak üzere bir Avrupa anayasaları karması olarak” hazırlanmıştır. Osmanlı artık anayasal bir monarşi olmuştur.¹⁸⁶

Birinci Meşrutiyet döneminin miladı olan ve 12 kısım ve 119 maddeden oluşan Kanun-i Esasi'nin “Genel İlkeler” bölümünde, Osmanlı İmparatorluğu'nun dinsel ve meşruti bir monarşi olarak kabul edildiği, egemenliğin Osmanlı ailesinde toplandığı, devletin dininin İslam olduğu, padişahın da sorumsuz bulunduğu belirtilmekteydi.¹⁸⁷ Devletin dini ve padişahın hilafeti anayasada bilhassa belirtilmişti. Buna rağmen, din ayrımı yapılmaksızın tüm tebaanın idareye katılabilmesi ve denetimi öngörülmüştü.

¹⁸⁰ Gözübüyük ve Tan; İdare Hukuku Cilt 1, s.40

¹⁸¹ Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk; a.g.e., s.90

¹⁸² Gözübüyük ve Tan, a.g.e., s.40

¹⁸³ Gürbüz, a.g.e., s.261

¹⁸⁴ İnalcık, “Türk Tarihinde Türe ve Yasa Geleneği”, s.174-175

¹⁸⁵ Gözübüyük ve Tan, a.g.e., s.41

¹⁸⁶ Ortaylı, a.g.e., s.533.

¹⁸⁷ Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk; a.g.e.,

Aynı zamanda, 1876 Anayasası “bir İslam ülkesinde ilk defa laik devlet düzeninin temellerini atan” bir belgeydi.¹⁸⁸

Halkın iradesi, sınırlı da olsa, 1876 Kanun-i Esasisi ile birlikte, devlet idaresinde etkili olmaya başlamıştı. Bu Anayasa ile halkın temsilcilerinden oluşan bir meclisin kurulması öngörülerek, padişahın mutlak yetkisi sınırlandırılmıştı. Nitekim, döneme adını veren Meşrutiyet de, “mutlak monarşinin şarta bağlanması, sınırlandırılması”¹⁸⁹ anlamına gelmekteydi.

Yasama organını “Meclis-i Umumi” oluşturmuyordu. Meclis-i Umumi’ de; 180 müslüman ve 60 Hristiyan milletvekilinin yer aldığı “Heyet-i Mebusan” ile, Heyet-i Mebusan’ın üçte biri kadar sayıda ve Padişahın atadığı üyelerden meydana gelen, “Heyet-i ayan” isimli iki tane meclis bulunmaktaydı. Heyet-i Mebusan’ın üyeleri seçimle iş başına gelirlerdi. Kanunları her iki meclisin üyeleri ile padişah önerebilir; öncelikle Heyet-i Mebusan’da, daha sonrasında ise Heyet-i Ayan’da görüşülen öneri/teklif, kabul edilmesi sonrası, padişahın onayı ile yürürlüğe girerdi. Yürütme, padişah ve Heyet-i Vükela’dan (Bakanlar Kurulu) oluşurdu. Bakanlar Kurulu’nu atama ve azil (görevden alma) yetkisi padişaha aitti. Güvenoyu yoktu. Yargı organı ise, Şer’iye ve Nizamiye Mahkemeleri’nden oluşmaktaydı. “Şer’iye Mahkemeleri”, şeriat kurallarına göre miras, velayet ve aile hukuku gibi konularda karar verir; “Nizamiye Mahkemeleri” ise, ceza davalarına bakardı.¹⁹⁰ İdari yargı görevi bir hayli azalan Danıştay, sadece memurlar ile idare arasındaki davalara bakar durumdaydı.¹⁹¹

Kanuni Esasi’nin “en zayıf yönlerinden biri yetkili fakat sorumsuz bir hükümdarlık kurumunu” tanımasıydı.¹⁹² Heyet-i Mebusan’a karşı hükümetin sorumluluğu, anayasa da net bir şekilde belirtilmemişti. Padişah, Heyet-i Mebusan’ı feshetmek istediğinde, bunu dilediği zaman gerçekleştirebilecek yetkiye sahipti.¹⁹³

¹⁸⁸ Ortaylı, a.g.e., s.416

¹⁸⁹ Uygun, a.g.e., s.233

¹⁹⁰ Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk; a.g.e.,s.91

¹⁹¹ Gürbüz, a.g.e., s.261

¹⁹² Ortaylı, a.g.e., s.534

¹⁹³ Özbudun, a.g.e., s.28

Temel hak ve özgürlükler ancak bir kanunla düzenlenebileceğinden ve bu dönemde kanun da padişahın iradesi ile yürürlüğe girdiğinden, temel hak ve özgürlüklerin gerçekleşmesi ve güvencesi bir yerde padişahın takdirine bağlanmıştı.¹⁹⁴

Kanun-u Esasisi hukuka bağlı devlet sistemine doğru daha kuvvetli bir adım teşkil eder; fakat bu kanunla açılan devir çok kısa sürmüş ve tekrar mutlakiyet sistemine dönmüştür.¹⁹⁵ Yasama organı olan Meclisi Umumi, 13 Şubat 1878’de Sultan Abdulhamit tarafından süresiz olarak kapatılmıştır. Bu durum, 1908 yılında, Kanuni Esasi’nin bir fermanla tekrardan yürürlüğe konulması ve Meclis’i Mebusan’ın toplantıya çağırılmasına kadar sürmüştür.¹⁹⁶

“Özünde anayasalı ve temsili bir sisteme geçişi” öngören I.Meşrutiyet, uygulamada anayasa kurallarının etkinliğini sağlayacak mekanizmalar geliştirememiş ve parlamentoya gerçek manada yasama yetkisi tanımamıştı. Ayrıca, parlamentonun yürütmeyi denetleme yetkisi de bulunmuyordu. Nitekim, I.Meşrutiyet, iki yıllık kısa ömrünü doldurmuş ve Anayasa 1878’de askıya alınmıştır.¹⁹⁷

Tunaya'nın deyişiyle “Kanuni Esasi kendini kapıların ardında bekleyen bir despotizme imkan veriyordu, ama aynı zamanda o kapılar bir daha kapanmamak üzere yeni gelişmelere açılmıştı”.¹⁹⁸

2.1.4.1. Kanun-i Esasi’nin Hukuk Devleti Açısından Değeri

a. Temel Hak ve Özgürlükler

İlk kez 1876 Kanuni Esasisi’nde, kişi hak ve hürriyetleri, klasik esaslara göre, kapsamlı bir liste şeklinde düzenlenmiştir. 19 madde içinde sıralanan (md.8-26) hak ve hürriyetler genel olarak şunları kapsamaktadır: “Kişi güvenliği, ibadet hürriyeti, basın hürriyeti, dilekçe hakkı, konut dokunulmazlığı, eğitim hürriyeti, kanun önünde

¹⁹⁴ Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk; a.g.e.,s.91

¹⁹⁵ Onar, a.g.e., s.139

¹⁹⁶ Gözübüyük ve Tan, a.g.e., s.41

¹⁹⁷ Uygun, a.g.e., s.257

¹⁹⁸ T.Z.TUNAYA, " Mithat Paşa'nın anayasacılık anlayışı", Mithatpaşa semineri (TTK tarafından 1984'te Edirne'de düzenlenen) tebliğinden, s. 110-132 ve 147-148, TTK Yayınları, Ankara) aktaran: İlber Ortaylı, Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi, Cedit Neşriyat, Ankara 2012, 4.Baskı, s.536

eşitlik, devlet hizmetine alınmada eşitlik, mülkiyet hakkı, angarya ve işkencenin yasaklanması, tabii hakim ilkesi, kanunsuz vergi konamayacağı ilkesi”.¹⁹⁹

Kanun-i Esasi metninde sıralanan, temel hak ve özgürlüklerle alakalı bazı hükümleri şu şekildedir: “Osmanlıların kaffesi hürriyeti şahsiyetlerine malik ve aherin hukuku hürriyetine tecavüz etmemekle mükelleftir (md.9)”. “Hürriyeti şahsiye her türlü taarruzdan masundur. Hiç kimse kanunun tayin ettiği sebep ve suretten maada bir bahane ile mecezat olunamaz (md.10)”. “Matbuat kanun dairesinde serbesttir (md.12)”. “Yapılacak usulü muhakeme kanunu hükmünce hiç kimse kanunen mensup olduğu mahkemeden başka bir mahkemeye gitmeye icbar olunamaz (md.13)”. “İşkence ve sair her nevi eziyet katiyen ve külliyen memnudur (md.26)”.*

Ne var ki, temel özgürlükler ve kişisel hak güvenceleri; meşhur 113. maddeyle zedelenmekteydi, hükümdar re'sen bir kimsenin siyasal suçlu veya siyasal yönden mahzurlu olduğuna karar verebilir ve onu doğrudan sürgün cezasına çarptırabilirdi.²⁰⁰ Hak ve özgürlüklerin yasayla korunması, padişahın yetkilerinin hak ve özgürlüklerle sınırlanması anlamına gelmekteydi.²⁰¹

Temel hak ve özgürlükler hususunda zamanın batılı örneklerinden pek geri kalır bir tarafı olmadığı söylene de, bu haklar “güvencelenmediği” için esasında “*platonik*” bir değer taşımaktan öteye gitmiyordu.²⁰²

b. Kuvvetler Ayrılığı

Kanun-i Esasi, devletin teokratik niteliğini değiştirmemiş, monarşik yapısını korumuş ve “Heyet-i Ayan” ve “Heyet-i Mebusan” olmak üzere iki meclisli bir parlamento öngörmüştü. Buna rağmen, hükümdar, yürütme erki, kamu gücü yetkilerini kendinde toplamış ve dahası yasama faaliyeti de ona tabi kılınmıştı. Böyle bir sistemde erkler ayrılığından söz etmek de mümkün değildi. Öte yandan, yargının bağımsızlığını sağlayıcı, hakimlere güvence getirici ve yasal yargılama ilkelerini

¹⁹⁹ Kapani, a.g.e., s.103

*Bkn. A.Şeref Gözübüyük ve Suna Kili, Türk Anayasa Metinleri, 2.Bası, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1982, s.27-42

²⁰⁰ Ortaylı, a.g.e., s.534

²⁰¹ Duman, a.g.e.,s.13

²⁰² Sezer; Kırıntı; Boyar, a.g.e.s.69

koruyan kuralların varlığı da söz konusuydu.²⁰³ Görülen o ki, her ne kadar Kanun-i Esasi erkler ayrılığından çok uzak da dursa, artık, devlet organlarında ve kurallarda bir değişim ve dönüşüm başlamıştır.

Heyet-i Vükela (Bakanlar Kurulu)'nın tüm üyeleri padişah tarafından atanıyor, gerektiğinde de görevden alınabiliyordu (md.7). Bu; hükümetin yasama organına değil, padişaha karşı sorumlu olduğu anlamına gelmekte idi. Ayrıca, padişah, yasama organının bir kanadı olan Heyet-i Ayan üyelerini doğrudan kendisi atamaktaydı (md.60). Sınırlı da olsa halk tarafından seçilen Heyet-i Mebusan ise gerektiğinde padişahça fesih olunup ve tatil edilebilmekteydi. Ve hatta, yasama organı üyeleri padişah izin vermeden yasa önerisinde bile bulunamıyorlardı. (md. 53).²⁰⁴

c. Yasama ve Yürütme İşlemlerinin Yargısal Denetimi ve Normlar Hiyerarşisi

1876 Kanun-i Esasi ile , Anayasa ve yasa ayrımı şeklen yapılmış olmaktaydı. Ayrıca, nizamnameden bahsedilerek, şekli de olsa, Anayasa, yasa ve yasaaltı normlar biçiminde bir basamaklanmanın olduğu söylenebilirdi.²⁰⁵ Fakat, günümüzdeki gibi bir normlar hiyerarşisi söz konusu değildi. Zira bu dönemde üstünlük ne Anayasa da ne de yasadaydı, üstünlük yine padişahıydı.²⁰⁶

Hukuk devletiyle alakalı ilkelerin Meşrutiyet döneminde uygulanmaya başlaması, bu dönemde hukuk devletinin gerçekleştiğini söyleyebilmemiz için yeterli değildir. Zira, bu ilkeler tam anlamıyla varlık gösterememiş, kısmen ve eksik olarak uygulamaya konmuştur.

Hukuk devletinin gerçekleşmesinde önem arz eden “idarenin yargı yolu ile denetimi” ilkesi bu dönemde gerçekleştirilememiştir. Kanuni Esasi'nin 85. maddesine göre: “Eşhas ile hükümet beynindeki davalar dahi mehakimi umumiyyeye aittir”. Böylece,

²⁰³ Kaboğlu, a.g.e., s.103

²⁰⁴ Sezer; Kırıntı; Boyar, a.g.e.s.68-69

²⁰⁵ Kaboğlu, a.g.e., s.103

²⁰⁶ Duman, a.g.e., s.12-13

Danıştay'ın idari yargı görevleri son bulmuştur. İdarenin yargısal denetimini yapma konusunda ise, Adalet Mahkemeleri yeterli olamamıştır.²⁰⁷

d. Yargı Bağımsızlığı ve Yargıç Güvencesi

Yargının bir kuvvet olarak nitelendirilmediği, 1876 Kanuni Esasisi'nde, yargıya ilişkin hükümler (md.81-91) “mehakim” (mahkemeler) başlığı²⁰⁸ altında sıralanmıştır: “hakimlerin azlolunamayacağı” (md. 81), “yargılamanın aleniliği” (md. 82), “hak arama özgürlüğü” (md. 83), “Mahkemelerin kendi görev alanına giren davalara bakmaktan kaçınamayacağı” (md. 84), “Kanuni hakim güvencesi” (md. 85), “mahkemelerin her türlü müdahaleden azade olduğu/mahkemelerin bağımsızlığı” (m.86), “şer'i davaların Şer'ie mahkemelerinde, nizami davaların Nizamiye mahkemelerinde görüleceği” (md.87), “mahkemelerin derecelendirilme, görevlendirilmeleri ve hakimlerin vazifeleri kanuna dayanacağı/ hakimlerin özlük işlerinin yasayla düzenleneceği” (md.88), “her ne sıfatla olursa olsun kimsenin mahkemeler adına karar veremeyeceği” (m.89).

Genel olarak baktığımızda, Kanun-i Esasinin getirdiği rejimin *hukuk devletini değil, yasa devletini, parlamenter monarşiyi değil ve fakat parlamentosu olan bir monarşiyi* oluşturduğu söylenebilir.²⁰⁹

2.1.5. KANUN-İ ESASİ'DE 1909 DEĞİŞİKLİKLERİ

1876 tarihli Kanun-i Esasi kısa süren uygulama dönemi sonrası, 23 Temmuz 1908'de yeniden yürürlüğe konularak, II.Meşrutiyet ilan edilmiştir. 1909 yılında Kanun-i Esasi'de yapılan değişikliklerle, neredeyse yeni bir anayasa hazırlanmıştır. 1909 değişikliğinin en büyük katkısı monarşinin gerçekten sınırlamasını sağlamasıdır. Organların kuruluşu yetkileri ve aralarındaki ilişkiler bakımından değişikliklerin özü

²⁰⁷ Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, s.41

²⁰⁸ Özbudun, a.g.e., s.369

²⁰⁹ Sezer; Kırıt; Boyar, a.g.e.s.69

budur.²¹⁰ Ferman-anayasa dönemi kapanmıştır. 1909 Anayasası, padişahla tebaası arasında karşılıklı bir sözleşme (misak) biçiminde ortaya çıkmıştır.²¹¹

2.1.5.1. Kanun-i Esasi’de 1909 Değişikliklerinin Hukuk Devleti Açısından Değeri

Genel olarak bakıldığında, yapılan değişikliklerle hükümdarın yetkileri sınırlandırılmış, parlamento’nun yetkilerinin genişletilmiştir. Yasama ve yürütme organları arasında bir denge kurularak, klasik parlamenter sistemin ruhuna uygun bir mekanizma meydana getirilmek istenmiştir.²¹² Öyle ki, Anayasa ile getirilen parlamenter rejimle, kuvvetler ayrılığı da benimsenmiştir. “Saltanat makamının yetkisinin sınırlanması ile, milletvekillerinin padişah karşısında üstünlüğü sağlanmaya çalışılmıştır”.²¹³

Yürütme organı, gene padişah ve heyet-i vükela’dan oluşuyor; padişah, sadrazamı; sadrazam da, meclis üyeleri arasından heyet-i vükela üyelerini seçiyordu. Padişahın yürütme organını belirleme yetkisi azalmıştı. Klasik parlamenter rejimlerde görüldüğü gibi, padişah artık Heyet-i Vükela’nın (Bakanlar Kurulu) tümünü seçememekteydi.

Sadrazamın belirlediği Bakanlar Kurulu artık padişaha karşı değil ancak meclise karşı sorumlu kılınmıştı. Padişah sadece sadrazamı (başbakan) atamaktaydı (madde 7)*. Ancak, bunun için de, padişahın meclisten güvenoyu alabilecek birini sadrazam olarak seçmesi gerekmekteydi. Bu bakımdan, padişah herhangi birini değil fakat Meclis’ in kabul edebileceği birini sadrazam (başbakan) olarak atamak durumundaydı.²¹⁴

Padişahın yetkileri kısıtlanarak Mebusan Meclisi’nin yetkileri genişletilmişti. Bakanlar Kurulu ise, Mebusan Meclisin’e karşı sorumlu kılınmıştı. Padişahın Meclisi fesih hakkı, Ayan Meclisi’nin onayı ve üç ay içinde yeni seçim yapılması şartlarına

²¹⁰ Bülent Tanör, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, Yap Kredi Yayınları, 20.Baskı, İstanbul, Mart 2011, s.193

²¹¹ Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk; a.g.e., s.9

²¹² Kapani, a.g.e., s.105

²¹³ Kaboğlu, a.g.e., s.104

*Bkn. “<https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1876/1876-1/1876-1-degisiklik.pdf>”

²¹⁴ Sezer; Kırıntı; Boyar, a.g.e.,s.70

bağlı kılınmıştı.²¹⁵ Kanun önerisi (teklifi) padişahın izni olmadan yapılabilirdi (md.53). Heyet-i Mebusan hükümeti düşürebilirdi. Kabul edilen kanun önerilerini padişah bir defa daha görüşülmek üzere geri gönderebilirdi. Meclisin bu yasayı aynen kabul ederek göndermesi durumunda ise padişahın yasayı on gün içinde onamaktan başka bir seçeneği yoktu. Padişahın meclisi feshetme yetkisi ise istisnai ve kullanılması oldukça güç şartların gerçekleşmesine bağlı kılınmıştı (md.35).²¹⁶

Temel hak ve özgürlükler açısından bu dönemde ileri sayılabilecek düzenlemeler dikkat çekiyordu: padişah, istediği kişileri sürgüne gönderemiyor; Basın'ın denetlenemeyeceği ilkesi getiriliyordu.²¹⁷ Ayrıca, 1876 Kanuni Esasisi'nde bulunmayan iki klasik hürriyet 1909 değişikliği ile getirilmiştir: “haberleşmenin gizliliği” (md.119), “toplanma ve dernek kurma” (md.120).²¹⁸

Ancak, 1909 değişiklikleri de, sayılan hak ve özgürlüklerin yasama organınca düzenlenmesine karşı güvenceler getirememiştir. Anayasa ile yasama organına özgürlükleri düzenlemede dokunamayacağı bir takım yasak alanlar getirilmediğinden ve bunu denetleyecek bağımsız bir anayasa yargısı öngörülmediğinden, özgürlüklerin gerçek anlamda korunduğu söylenemez. Bu anlamda, 1909 değişiklikleri de hukuk devletinden çok yasa devletinin hakim olduğu bir Anayasal rejimi sürdürmüştür.²¹⁹ “Hukuk devleti anlayışının gelişmesi bakımından önem taşıyan bazı adımlar atılmış olsa da, anayasal ve yasal düzeyde görülen bu gelişmelerin uygulamaya yansımaları sınırlı olmuştur”.²²⁰

2.1.6. 1921 TEŞKİLAT-I ESASİYE KANUNU

20 Ocak 1921 tarih ve 85 sayılı kanunla kabul olunan Teşkilat-ı Esasiye Kanunu, Cumhuriyete geçiş dönemi anayasasıdır. Bu geçiş döneminin asgari noktaları saptanmakla yetinilmiş, Kanuni Esasi'nin Teşkilatı Esasiye Kanunu ile çelişmeyen hükümleri yürürlükten kaldırılmamıştır. 23 madde ve bir de madde-i münferide' den (ayrı madde) oluşan kısa bir çerçeve anayasa niteliğindedir. Gerçek bir anayasa

²¹⁵ Özbudun, a.g.e., s.29

²¹⁶ Sezer; Kırıt; Boyar, a.g.e.,s.71

²¹⁷ Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk; a.g.e., s.92; Giritli ve Sarmaşık; Anayasa Hukuku, s.207-208

²¹⁸ Kapani, a.g.e., s.105

²¹⁹ Sezer; Kırıt; Boyar, a.g.e., s.71

²²⁰ Uygun, a.g.e, s.258

sistematiklerinden yoksundur. Kişi hak ve özgürlükleri ile yargılama gibi temel anayasa konularını da düzenlememiştir”.²²¹

2.1.6.1. 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nun Hukuk Devleti Açısından Değeri

Teşkilatı Esasiye Kanunu’nun en önemli maddesi, "Hakimiyet bilâ kaydu şart milletindir" ilkesini getiren birinci maddesidir.* Bu madde ile kişisel ve tanrısal bir egemenlik anlayışına dayanan monarşik devlet anlayışı terkediliyor ve ulus egemenliğini temel alan bir devlet anlayışına geçiliyordu.²²² Diğer bir deyişle, padişahın alınıp egemenlik, kayıtsız şartsız millete veriliyordu. Bu yönüyle, Osmanlı- Türk anayasacılık tarihinde bir dönüm noktası²²³, bir milattır. “Egemenliğin zımni ortağı padişah, anayasal sistemin dışına çıkarılmıştır”.²²⁴

Yasama ve yürütme güçlerinin TBMM’nde toplanması, bakanların Meclis tarafından seçilmeleri, Meclis’in bakanları her zaman değiştirebilmesi ve onlara yön gösterebilmesi, buna karşılık Bakanlar kurulunun Meclise karşı kullanabileceği hiçbir hukuki silahın (fesih yetkisi gibi) bulunmaması ve bir Devlet Başkanlığı müessesesinin yaratılmamış bulunması itibarıyla, 1921 Anayasası, “*meclis hükümeti sistemi*”nin tipik bir örneğini kurmuştur.²²⁵ Yasama ve yürütme erklerinin yasama organında birleşmesiyle meydana gelen *meclis hükümeti sisteminde* erkler birliği söz konusudur. Dolayısıyla, 1921 Teşkilatı Esasiye Kanunuyla da ‘*kuvvetler birliği*’ ilkesi benimsenmiştir.

1921 Anayasası ile sembolik de olsa ne devlet başkanlığı ne de cumhurbaşkanlığı kurumu oluşturulmamış, sadece meclisi temsil edecek bir Meclis Başkanı’nın seçilmesi öngörülmüş (md.9), yürütme erki tamamıyla Meclis’e ait kılınmıştı.²²⁶ Yasama ve yürütme yetkileri TBMM’nin elinde toplanmıştı (md.2). Meclis bakanları seçebiliyor; onları yönlendirebiliyor ve isterse onları değiştirebiliyordu (md.8). il ve nahiyeelerde halk idaresi, yani yerinden yönetim ilkesini kabul edilmişti (md.11).

²²¹ Tanör, a.g.e., s. 253

*Bkn. “<https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1921/1921ilkmetin/1921-ilkhali.pdf>”

²²² Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk; a.g.e., s.96

²²³ Tanör, a.g.e., s. 255

²²⁴ Erdoğan , Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset, 4. Baskı, Liberte Yayınları, Ankara, Mart 2003, s.49

²²⁵ Özbudun, a.g.e., s.30-31

²²⁶ Sezer; Kırıt; Boyar, a.g.e., s.72

Yasaların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimini gerçekleştirecek herhangi bir mekanizması da mevcut değildi. Büyük Millet Meclisi’ni bir araya getiren temel konu devletin bağımsızlığının sağlanmasıydı. Bu hedefe varana değin uygulanacak bir geçici örgütlenme şeması olarak 1921 Anayasası düzenlenmişti. Bu yüzden, temel hak ve özgürlükler ve yargı alanına ilişkin düzenlemelere yer verilmemişti.²²⁷

1923 yılındaki değişikliğe kadar devletin hükümet biçimi anayasa da bulunmamasına rağmen, “*halkın mukadderatını bizzat ve bilfiil*” idare edeceği ilkesi bir anayasal norm olarak kabul edildiğinden bu yeni *anayasal rejimin* esasının cumhuriyet anlayışı olduğunu söylemek mümkündür.²²⁸

29 Ekim 1923 tarihli “Teşkilatı Esasiye Kanununun Bazı Maddelerinin Tavzihan Değiştirilmesine Dair Kanun” ile Anayasa’nın birinci maddesi, “Türkiye Devletinin şekli Hükümeti Cumhuriyettir”, 10’uncu maddesi ise: “Türkiye Reiscumhuru, Türkiye Büyük Millet Meclisi Heyeti Umumiyesi tarafından ve kendi azası meyanında bir intihap devresi için intihap olunur. Vazifei Riyaset yeni Reiscumhurun intihabına kadar devam eder, tekrar intihap olunmak caizdir.” şeklinde değiştirilmiştir. Yine aynı kanunla, 12’nci maddesinde ki değişiklikle: bakanların teker teker TBMM tarafından seçilmeleri yöntemi terkedilmiş ve “bugünkü parlamenter hükümet modeline yakın bir hükümet kurma yöntemi” benimsenmişti. Bu sistemde, bakanların Başbakan tarafından seçilmeleri nedeniyle, Bakanlar Kurulu içinde uyum sağlamak daha kolaylaşmış olmaktaydı. Böylece, meclis hükümeti sisteminden parlamenter sisteme doğru bir yöneliş başlamıştır.²²⁹

2.2. CUMHURİYET SONRASI DÖNEM

Türkiye’de Tanzimat döneminden başlayarak kısmen de olsa temel hak ve özgürlüklerden, iktidarın kendi kendini sınırlamasından, kanununun üstünlüğünden ve kanuna bağlılıktan söz edilerek, hukuk devletinin ilk tohumları atılmıştı. Anayasal

²²⁷ Sezer; Kırıntı; Boyar, a.g.e., s.72

²²⁸ Sezer; Kırıntı; Boyar, a.g.e., s.72

²²⁹ Özbudun, a.g.e., s.32

düzene geçilen I. ve II. Meşrutiyet dönemlerinde de hukuk devletine doğru atılmış bir adım sayılabilecek, kanun devleti uygulaması söz konusuydu.²³⁰

Olağanüstü koşulların bir ürünü olan, 1921 Teşkilatı Esasiye Kanunu, noksan ve yetersiz bir metindi. Cumhuriyete geçiş devresinin başarıyla tamamlanması sonrası, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin temel kuruluşunu, toplumun ve bireylerin konumunu ve haklarını belirleyecek yeni bir yapılanma gerekliydi. İki anayasalı (1876 Kanun-i Esasi- 1921 Teşkilatı Esasiye Kanunu) duruma da son verilebilmesi için, yeni devletin, yeni anayasasını yapma tarihsel görevini, yeni meclis üstlenmişti.²³¹

2.2.1. 1924 TEŞKİLATI ESASİYE KANUNU

1876 Kanun-i Esasisi resmen ilga edilmemiş olduğundan ve 1921 Anayasası'nın da yeni devletin ihtiyaçlarına cevap verebilecek niteliği bulunmadığından, ikinci TBMM, seçilmesinden kısa süre sonra yeni anayasa çalışmalarına başlamıştı. 491 sayılı kanunla, 20 Nisan 1924'te TBMM tarafından kabul edilen anayasa metni, 23 Nisan 1924'te yayınlanmıştır.²³²

1924 Anayasası 6 fasıl ve 105 maddeden oluşuyordu. Sert (bükülmez) bir anayasaydı. Türk devletinin bir Cumhuriyet olduğu, ilk olarak bu Anayasa'da açıklanmıştı. Bu maddede, değişiklik yapılamıyor; değişiklik yapılması dahi önerilemiyordu. İkinci maddenin özgün haline göre: "Türkiye Devleti'nin dini, Dini İslâm"dı. 1928 yılında yapılan anayasa değişikliği ile, bu hüküm anayasa metninden çıkarılmıştı. Nihai olarak, 1937 yılındaki değişiklikle de, madde metnine "laiklik" ilkesi konmuştu. Ve artık, egemenlik kayıtsız şartsız ulusundu (md.3).*

1924 Anayasası, Türkiye Cumhuriyeti'nin niteliklerini sıralayan 2. maddesinin ilk haliyle birlikte, 1928 ve 1937 değişiklikleri sonrasında da "*Hukuk Devleti*" deyimine yer vermemektedir. Anayasanın diğer maddelerinde de bu deyim rastlanmamaktadır. "Terminolojik olarak, kanun dışında sadece hukuk kavramına yer

²³⁰ Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.88

²³¹ Tanör, a.g.e., s. 290

²³² Özbudun, a.g.e., s.33

*Bkn. 1924 Anayasası, "<https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1924-anayasasi/>"

verilmektedir”: “Türklerin hukuku ammesi”, “hukuku siyasiyeyi”, “hukuku müdafaa”, “hukuku tabiiyeden”, “tabii hukukundan” deyimlerindeki “hukuk” kelimesi daha çok hak anlamında kullanılmaktadır.²³³

Klasik anayasa anlayışına ve sistematığına uygun olarak yapılandırılan, 1924 Teşkilat-ı Esasisi’nde, devletin kuruluşu, organları ve bunların işleyişi düzenlenmiş olduğu gibi, hak ve özgürlüklerle ilgili hükümlere de yer verilmiştir.²³⁴

2.2.1.1. 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nun Hukuk Devleti Açısından Değeri

a. Temel Hak ve Özgürlükler

1924 Anayasası temel hak ve özgürlükleri, beşinci fasıl, “Türklerin hukuku âmmesi başlığı altında” düzenlemiştir (md.68-88). Bu fasılın ilk maddesinde (md.68) Fransız Devrimi’nden bu yana kabul gören “doğal hak” anlayışının yansıması görülür. Buna göre; “Her Türk hür doğar, hür yaşar. Hürriyet, başkasına zarar vermeyecek her şeyi yapabilmektir. Herkes için hürriyetin sınırı başkalarının hürriyetinin” hudududur. Bu sınırın ise, ancak kanun ile çizilmesi mümkündür.

Anayasa’ya göre, “Kişi dokunulmazlığı, vicdan, düşünce, söz, yayın, seyahat, sözleşme, çalışma, mülk edinme ve tasarruf, toplantı, dernek ve ortaklık kurma hürriyetleri Türklerin tabii hukukundandır” (md.70). “Can, mal, ırz, konut dokunulmazdır” (md.71). “Kanunsuz tutuklama (md.72), İşkence, eziyet, müsadere ve angarya yasaktır” (md.73).

1924 Anayasası’nda yalnızca negatif ve aktif statü hakları düzenlenmiş, o zamanlar anayasalara henüz giremeye başlayan pozitif statü hakları (sosyal ve ekonomik haklar) yer almamıştır.²³⁵

Anayasa metnine bakıldığında, özgürlüklerin sadece sayılmakla yetinildiği, geniş ve ayrıntılı olarak düzenlenmediği görülür. Sınırlarınınsa kanunla çizilebileceği öngörülmüştür. Böylece, hak ve özgürlüklerin sınırlanması, yasama organının

²³³ Kaboğlu, a.g.e., s.105

²³⁴ Tanör, a.g.e., s. 294

²³⁵ Nohutçu, a.g.e.,s.38

(Meclis) takdirine bırakılmış oluyordu.²³⁶ Ayrıca bakıldığında, hak ve özgürlükler için bir güvence getirilmediği görülür.²³⁷

b. Kuvvetler Ayrılığı

“*Meclis hükümeti*” ve “*Parlamente rejimi*” bağdaştıran²³⁸ bir sistem kuran Anayasa, iki hükümet rejimine has özellikleri barındırmaktaydı. Meclis hükümeti sistemini andıran hükümleri: Türk Ulusunu ancak TBMM’nin temsil edeceği ve ulus adına egemenlik hakkını yalnız onun kullacağı” (md.4), “yasama yetkisi ve yürütme erkinin Büyük Millet Meclisi’nde toplandığı” (md.5), “Meclisin, hükümeti her zaman denetleyebileceği ve düşürebileceği (md.7) halde, hükümetin meclisi feshetme yetkisinin bulunmadığıdır.

Parlamente sistemi andıran hükümleri ise: Meclisin yasama yetkisini kendisinin kullanacağı (md.6), yürütme yetkisini ise ancak Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu eliyle kullanabileceği (md.7), dolayısıyla yürütme yetkisinin teoride “Mecliste bulunmakla beraber, Meclisin yürütme işlemlerini bizzat yapmasının söz konusu olmadığıdır. Böylece, hem kuvvetler birliğine bağlı kalınmış hem de yasama ve yürütme birer fonksiyon olarak ayrılmıştı. Bu sisteme Kuvvetler birliği (içinde) görevler ayrılığı (tefriki vezayif) sistemi denilmiştir.²³⁹

Parlamente sisteme uygun bir hükümet modeli kurulması kabul edilmişti. Anayasanın 44’üncü maddesince: “Başbakan, Cumhurbaşkanınca Meclis üyeleri arasından tayin olunacak öteki bakanlar, Başbakanca seçilip, tamamı Cumhurbaşkanı tarafından onaylandıktan sonra Meclise sunulacaktı. Hükümet tutacağı yolu ve siyasi görüşünü en geç bir hafta içinde Meclise bildirecek ve ondan güven isteyecekti”.²⁴⁰ Yani, Yasama yetkisi TBMM’ne aitti. Yürütme de, TBMM bünyesinde toplanıyordu. TBMM Cumhurbaşkanını seçiyor; Cumhurbaşkanı ise, İcra Vekilleri Heyeti (Bakanlar Kurulunu) atıyordu.²⁴¹ Ayrıca, yürütme organının mahfuz bir düzenleme

²³⁶ Özbudun, a.g.e., s.35

²³⁷ Nohutçu, a.g.e., s. 38

²³⁸ Tahsin Bekir Balta, Hüseyin Nail Kubalı; "Türkiye’de Hukuk Devleti Anlayışı", Milletler Arası Hukuk Derneği, s. 6

²³⁹ Nohutçu, a.g.e., s. 37

²⁴⁰ Özbudun, a.g.e., s.33

²⁴¹ Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk; a.g.e., s.97

yetkisi yoktur; kanun alanıyla düzenleyici işlemler alanını birbirinden konu itibariyle ayırışlardır. İdari işlemlerin mutlaka kanuna dayanması zorunluluğunu ve kanun olmayan yerde idarenin de olamayacağı ilkesini kabul etmiştir. Yasama işlemlerine, yürütme işlemlerinden daha üstün bir hukuki güç tanımıştır. idarenin düzenleyici işlemlerinin temeli konusunda hemen hemen aynı ifadeleri kullanmıştır. (md.52).²⁴²

Yargı hakkı ise, millet adına usul ve kanuna göre bağımsız mahkemeler tarafından kullanılacaktı (md.8). 1924 Anayasası, kuvvetler birliği ilkesine karşı duyulan duygusal bağa rağmen, yargı fonksiyonunu TBMM'ne teorik olarak dahi vermeyi düşünmemiştir.²⁴³ Böylece, yasayı yapan organla, onu uygulayan organ birbirinden ayrılmıştır.

c. Yasama İşlemlerinin Yargısal Denetimi ve Normlar Hiyerarşisi

“Anayasanın hiçbir maddesi hiçbir sebep ve bahane ile ihmal edilemez ve işlerlikten alıkonamaz. Hiçbir kanun Anayasaya aykırı olamaz.” (md.103) hükmü yasa koyucuyu üst bir hukuk kuralıyla bağlamış, 1924 Anayasası'nın bu maddesiyle, ilk kez açık olarak “Anayasanın üstünlüğü ilkesi” konularak, hukuk düzenimizde bir kural basamaklanması (normlar hiyerarşisi) oluşmuştur.²⁴⁴ Ancak, kanunların anayasaya aykırılığını denetleyecek bir anayasa mahkemesi kurulmamış; kanunların anayasaya uygunluğunun yargı mercileri tarafından denetleneceğine ilişkin bir hüküm de, 1924 Anayasası'nda yer almamıştır.

Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı sözde kalmıştır. Yasama organını anayasaya aykırı yasa yaparak, özgürlükleri hukuk devletinin içeriğini boşaltacak derecede kısıtlamasını önleyecek bir anayasal denetim yoktu.²⁴⁵ Diğer bir deyişle, 1924 sistemi, çıkarılan yasaların Anayasaya uygun oluşunu sağlama görevini, daha doğrusu sorumluluğunu TBMM'nin kendisine vermişti. Meclis, yapacağı yasaların Anayasaya uygun olmasına dikkat etmekle yetinmekte, bu uygunluğun denetlenmesini başka herhangi bir organa bırakmamaktaydı.²⁴⁶ Bir yargı organı

²⁴² Özbudun, a.g.e., s.190

²⁴³ Özbudun, a.g.e., s.190-191

²⁴⁴ Kaboğlu, a.g.e., s.105-106

²⁴⁵ Sezer; Kırıt; Boyar, a.g.e., s.74

²⁴⁶ Soysal, Anayasaya Giriş, s.241

bulunmayışı, bu alanın tümüyle Meclis ve orada mutlak çoğunluğu elinde bulunduran siyasi parti tarafından kullanılmasına zemin hazırlamıştır.²⁴⁷

1921 Anayasası gibi, siyasal denetimle yetinen 1924 Anayasası döneminde de anayasa mevcuttur ancak, yasanın üstünlüğü geçerlidir. Zira, anayasanın üstünlüğünün sonucu olan, yasaların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimini gerçekleştirecek herhangi bir mekanizma kurulmamıştır.²⁴⁸ Anayasa Mahkemesi'nin eksikliği nedeniyle 1924 Anayasası'nda da kanun devleti anlayışı devam etmiştir.²⁴⁹

Bu Anayasa döneminde de kanun hukuk düzeninin temelini oluşturmuş, bu kavramın ilerisine gidilememiştir. 103'üncü maddenin yaptırımı ve anayasallık denetimini hangi organın yapacağı öngörülmediğinden, anayasanın üstünlüğüne ilişkin hüküm uygulamaya geçirilememiştir. Bu bakımdan anayasanın üstünlüğü ilkesi ile normlar hiyerarşisi kuramı tam olarak gerçekleşmemiştir.²⁵⁰ Yargı organı da anayasal denetim yapma yetkisini kendisinde görmediğinden, Anayasa'nın üstünlüğü ilkesi teoride kalmış, uygulamada etkili bir ilke halini alamamıştır.²⁵¹

d. Yürütme İşlemlerinin Yargısal Denetimi

1924 Anayasasında “İdare davalarına bakmak ve idare uyuşmazlıkları çözmek... üzere bir Danıştay (Şurayı Devlet) kurulur” (md.51) kuralı yer almıştır. Buna dayanarak 699 sayılı Danıştay Kanunu 1925 tarihinde kabul edilmiş ve 1927 yılında Danıştay göreve başlamıştır.²⁵² Danıştay yönetsel davalara bakmakla yönetsel uyuşmazlıkları çözmekle görevli kılınmıştı. Böylece, idari rejimin uygulamaya konmasını sağlamıştır. İdarenin yasallığının sağlanmış olması, idarenin yargısal denetim düzeneğinin kurulup işletilmiş olması, hukuka aykırı her idari işlem ve eyleme karşı yargı yoluna gidilebiliyor olması, ayrıca idarenin takdir yetkisi üzerine denetimin yapılabilmesi, hukuk devleti açısından önem taşıyan hususlardır. İdarenin hukuka bağlılığının bir anayasa ilkesi olarak benimsenmesi, yasallık

²⁴⁷ Akad ve Dinçkol, a.g.e., s.347

²⁴⁸ Sezer; Kırıt; Boyar, a.g.e., s.40

²⁴⁹ Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.88

²⁵⁰ Kaboğlu, a.g.e.,s.106

²⁵¹ Sezer; Kırıt; Boyar, a.g.e., s.73

²⁵² Gürbüz, a.g.e., s.261

ilkesinin de önemini anlatmaktadır.²⁵³ İdari işlem ve kararlardan dolayı yargı yolu kabul edilmekte ve böylece idare hukuk kurallarıyla bağlanmış olmaktadır.

e. Yargı Bağımsızlığı ve Yargıç Güvencesi

1924 Anayasasına göre, Yargı yetkisi (hakkı kaza), Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacaktı (md.8). Bu maddede geçen “hakkı kaza” (yargı hakkı) ve dördüncü faslın başlığı olan “kuvvei kazaiye” (yargı erki) nitelemesi, 1924 Anayasası’nın, benimsemiş olduğu kuvvetler birliği ilkesiyle bağdaşmayacak şekilde kullanılmıştı. Bu şekilde, yargı fonksiyonu ayrı bir “kuvvet” olarak nitelendirilmiş olmaktadır. Yasama ve yürütme fonksiyonları ise, “vazife” (görev) olarak nitelendirilmişti. Nitekim ikinci faslın başlığı “vazifei teşriye” (yasama görevi), üçüncü faslın başlığı da “vazifei icraiye” (yürütme görevi) idi.²⁵⁴

Bu Anayasa’ya göre yargıçlar davaların görülmesinde ve hükmünde bağımsızdılar. Mahkemelerin kararları TBMM ve Bakanlar Kurulu’nca değiştirilemez, geciktirilemez, hükümlerin yerine getirilmesine engel olunamaz (md.54). Binaenaleyh, yargı bağımsızlığı ve kararlarının bağlayıcılığı sağlanmıştı. Hakim güvencesi ise, “yargıçlar kanunda gösterilen usüller ve haller dışında görevlerinden çıkarılamaz” (md.55) hükmüyle yasaya bırakılmıştı.²⁵⁵ Böylece, yargı bağımsızlığının temel unsurunu oluşturan hakimlerin azlolunamazlığı ilkesine kanunla istisnalar getirilebilmesi kabul edilmiş ve bu istisnaların kapsamının belirlenmesi de tamamen yasama organının takdirine bırakmıştır.

Yargıçların nitelikleri, hakları, görevleri, aylık ve ödenekleri, nasıl tayin olunacakları ve görevlerinden nasıl çıkarılacakları özel kanunla gösterilecekti (md.56). Böylece, hakimlik teminatı ile ilgili hususlar da kanun koyucunun takdirine bırakılmış olmaktadır. Uygulamada da hakimlerin tayin, terfi, nakil ve disiplin işlerinde yürütme organı yetkili kılınmış, hakimlerin yaş haddi nazara alınmaksızın görülen lüzum üzerine resen emekliye sevk edilebilmeleri, yargı organını yürütme organına

²⁵³ Kaboğlu, a.g.e., s.106-107

²⁵⁴ Özbudun, a.g.e., s.369

²⁵⁵ Aliefendioğlu, a.g.e., s.150

bağımlı kılmıştır.²⁵⁶ Kısaca, 1924 Anayasası, yargının bağımsızlığını tanımıştı, fakat bunun işlerliğini sağlayacak kurum ve güvenceleri öngörmemişti.

2.2.2. 1961 ANAYASASI

1961 Anayasası, 27 Mayıs 1960 “askeri müdahalesi” sonucu oluşturulan Kurucu Meclis tarafından, 31 Mayıs 1961’de Resmi Gazete’ de yayınlanıp, 9 Temmuz 1961 tarihinde halkoylaması ile kabul edilmiştir.

1961 Anayasası’nın, askeri müdahale ürünü olması sebebiyle, bazı maddelerinde vesayetçi izler taşıdığı görülür. Öyle ki; Cumhuriyet Senatosu, tümüyle seçilmiş üyelerden oluşmamış, “genel oyla seçilen yüz elli üye ile Cumhurbaşkanı’nca seçilen on beş üyeden” kurulacağı, ayrıca müdahaleyi gerçekleştiren Milli Birlik Komitesinin 13 Aralık 1960 tarihindeki başkan ve üyelerinin (23 kişi), “yaş kaydı gözetilmeksizin Cumhuriyet Senatosunun tabii üyesi” kabul edileceği hükme bağlanmıştır (md.70). Aslında, dolaylı olarak da olsa Cumhurbaşkanlığı’nın da bir vesayet makamı olarak tasarlanmış olması, Anayasanın vesayetçi karakterini güçlendirmektedir.

1961 Anayasası ile Milli Güvenlik Kurulu bir anayasal organ olarak kurulmuştur. Görünüşte “istişari” nitelikte olan bu organ, “dönemin siyasi konjonktürü ve uygulamada milli güvenlik kavramının geniş yorumlanması”²⁵⁷ sebebiyle, gerçekte, Anayasada öngörüldüğünden daha fazla güç kazanmıştır.

2.2.2.1. 1961 Anayasasının Hukuk Devleti Açısından Değeri

1921 ve 1924 Anayasalarında, hukuk devletini gerçekleştirme gayesinden çok, yeni devletin kuruluşu, reformlar, bağımsızlık, ulusallaşma ön plandadır.²⁵⁸ Ülkemizde, hukuk devletini geliştirme çabaları Tanzimat’tan bu yana süre gelmekle birlikte, hukuk devleti kavramından, ilk kez 1961 Anayasası’nda söz edilmiştir.²⁵⁹ 1961

²⁵⁶ Özbudun, a.g.e., s.370

²⁵⁷ Özbudun, a.g.e., s.47

²⁵⁸ Giritli ve Sarmaşık; Anayasa Hukuku, s.215

²⁵⁹ Güriz, a.g.e., s.163

Anayasası ile, hukuk devleti anayasal bir yapıya kavuşturulmuş ve onu gerçekleştirmek için gerekli koşullar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

1961 Anayasasının Başlangıç²⁶⁰ kısmında, “demokratik hukuk devletini bütün hukukî ve sosyal temelleriyle kurma” amacında olduğu belirtilmektedir.

Anayasanın 2. Maddesinde "Türkiye Cumhuriyeti insan haklarına ve Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, milli, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir" hükmü yer almaktadır. Böylece, hukuk devleti kavramı ilk kez 1961 Anayasası'nda cumhuriyetin nitelikleri arasında yer almıştır. Bu anayasa hukuk devleti anlayışının gereklerini de içermektedir.

a. Temel Hak ve Özgürlükler

1961 Anayasasında, temel hak ve hürriyetler, 1924 anayasasına kıyasla, daha kapsamlı ve güvenceli olarak yer almıştır. “İnsan hak ve hürriyetlerini,..., gerçekleştirmeyi ve teminat altına almayı” hedeflediği henüz Başlangıç²⁶¹ kısmında belirtilmiştir. Cumhuriyetin nitelikleri başlıklı ikinci madde ile de “insan haklarına...dayanan...devlet” olma niteliği öncelikli olarak sayılmıştır.

Anayasa doğal hukuk (I. kuşak) ve sosyal haklar (II. kuşak) anlayışını birlikte tanıyıp düzenlemiştir. Klasik hak ve özgürlüklere, sosyal hakları ekleyerek tanıdığı özgürlükler kategorisini genişletmiştir.²⁶²

1961 Anayasasında Temel hak ve özgürlükler, hukuk devleti kavramını karşılar nitelikte ve sistematik olarak sıralanmıştır. Hürriyetler geniş ve kapsamlı olarak düzenlemiş, hürriyetleri sınırlamanın sınırları hususunda da etraflı hükümler konulmuştur.²⁶³ Diğer bir deyişle, kanun koyucunun hürriyetleri düzenleme konusundaki takdir yetkisi daraltılarak, onun da aşamayacağı bazı hudutlar getirilmiştir.

Genel olarak bakıldığında, 1961 Anayasasının İkinci Kısmı “Temel Hak ve Ödevler” başlığı altında, dört bölüm olarak düzenlenmiştir. Birinci bölümde “Genel

²⁶⁰ Bkn. 1961 Anayasası, “http://www.anayasa.gen.tr/1961anayasasi.htm#_ftn16”

²⁶¹ Bkn. 1961 Anayasası, “<https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa61.htm>”

²⁶² Kaboğlu, a.g.e., s.110

²⁶³ Kapani, a.g.e., s.117-118

Hükümler” (md.10-13); ikinci bölümde “Kişi Hak ve Ödevleri” (md.14-34); üçüncü bölümde “Sosyal ve iktisadi Haklar ve Ödevler” (md.35-53); dördüncü bölümde ise “Siyasal Haklar ve Ödevler” (md.54-62) sıralanmıştır.

Anayasanın 10. Maddesi ile “herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu” hükme bağlanmıştır. Aynı maddenin ikinci fıkrası ile, hukuk devletinin gerçekleşmesi için gerekli ortamı ve şartları hazırlama görevi devlete verilmiştir.²⁶⁴ Buna göre; “Devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzuru, sosyal adâlet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşamayacak surette sınırlayan siyasî, iktisadî ve sosyal bütün engelleri kaldırır; insanın maddî ve mânevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar”(md.10/2).

Yasamaya geniş takdir yetkisi tanınmanın sakıncaları görülerek meşhur 11. madde ile temel hak ve özgürlükler güvence altına alınmış, sınırlandırılmasının yasayla anayasada sayılan koşullarla yapılabileceğini öngörmüş; temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulamayacağı belirtilerek, sınırlamanın sınırı gösterilmiştir (md.11).

Söz konusu maddenin ikinci fıkrasının ilk hali şu şekildedir: “Kanun, kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz.” Anayasa Mahkemesinin muhtelif kararlarına göre; eğer bir sınırlama, bir hak veya hürriyetin kullanılmasını imkansız kılıyor veya aşırı derecede güçleştiriyorsa, o hak veya hürriyetin özüne dokunmuş olacaktır. Ayrıca, *yasaların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi* kabul edilerek, anayasaya aykırı kanunlarla özgürlüklerin sınırlandırılması önlenmiş, temel hak ve hürriyetler bu yönüyle de güvenceye kavuşturulmuştur.²⁶⁵ 1961 Anayasası'nın öngördüğü ilkelere bakıldığında; “özgürlük kural, sınırlama ise istisna” dır.

“Kişinin hakları ve ödevleri” başlığı altında düzenlenen, kanuni hakim güvencesi (md.32) ise, “tabii yargı yolu” kenarbaşlığı altında şu şekilde düzenlenmiştir: “Hiç kimse, tabii hakiminden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi tabii hakiminden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.”

²⁶⁴ Kaboğlu, a.g.e., s.108

²⁶⁵ Özbudun, a.g.e., s.46

b. Kuvvetler Ayrılığı

Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu Raporuna göre, 1961 Anayasası ile benimsenmiş olan parlamenter rejim, milli hakimiyete dayanan devletimizin tarihinde tamamen bir yenilik ifade eder. Zira, Meclis Hükümetinin dayandığı kuvvetler karışımı değil, yumuşak bir kuvvetler ayrımı esas alınmıştır.²⁶⁶ Anayasa’da, devlet iktidarı ve egemenliği çeşitli organ ve kurumlar arasında paylaştırılarak bir çeşit “bölünmüş egemenlik”²⁶⁷ öngörülmüştür.

1961 Anayasasının Genel Esaslar başlıklı birinci bölümünün 4. Maddesi ile, Türk Milleti’nin egemenliğin tek sahibi olduğu hususundaki ifade korunmuş olmakla birlikte, Millet’in bu egemenliği, “Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organlar eliyle” kullanacağı belirtilmiştir. Böylelikle, parlamenter rejim çerçevesinde, kuvvetler ayrılığı gerçekleştirilmiştir. Artık, yasama organı (TBMM) millet adına egemenliği kullanan yegane organ değildir.²⁶⁸ Egemenlik artık, yetkili organlar olan yasama (md.5), yürütme (md.6) ve yargı (md.7) eliyle ve Anayasa da belirtilen esaslara göre kullanılabilir. Aynı maddenin son bendine göre ise, kaynağını Anayasa’dan almayan bir devlet yetkisi kişi ya da organlarca kullanılamazdı.

1961 Anayasası’nda, yasama ve yargı yetki olarak, yürütme ise bir görev olarak düzenlenmiştir. Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olan yasama yetkisinin devredilemeyeceğini (md.5); yürütme görevinin yasalar çerçevesinde yerine getirileceğini (md.6); yargı yetkisinin ise bağımsız mahkemelerce kullanılacağını (md.7) hükme bağlamıştır. Böylece, yargı organı yasama ve yürütmeden bağımsız bir konuma yerleştirilmiş ve parlamenter hükümet rejimi kurulmuştur.

Bununla birlikte, yasama ve yürütme de kendi içinde farklı organlara paylaştırılarak, adeta bu organların da birbirlerine karşı bir check and balance sistemi görmesi öngörülmüştür. Buna göre; yasama organını olarak TBMM: Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu olarak iki meclise bölünmüş; Yürütme yetkisinin ise, yasalar

²⁶⁶ Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu, (5/7) Temsilciler Meclisi S. Sayısı 35, s.4

²⁶⁷ Kaboğlu, a.g.e., s.109-110

²⁶⁸ Sezer; Kırıt; Boyar, a.g.e.s.74; Özbudun, a.g.e., s.41; Aliefendioğlu, a.g.e. , s.151

çerçevesinde Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından yerine getirileceği belirtilmiştir (md.6).

1961 Anayasasında idarenin tarafsızlığını sağlamak amacıyla, yürütme ve idarenin görev alanı içinde yer alan, özerk statüye sahip olan kamu kuruluşları olarak, üniversiteler ile radyo ve televizyon idaresi kurulmuştur. Özerk statü ile, bu kuruluşlara kendi kendilerini yönetme yetkisinin verilmesi, onları idare içinde ayrıcalıklı veya dokunulmaz kılmak için değil; kendilerine has fonksiyonlarını ancak bu şekilde gereğince yerine getirebilecekleri inancından kaynaklanmıştır. Anayasasının 120'nci maddesinin özgün haline göre “üniversiteler, bilimsel ve idari özerkliğe sahip kamu tüzel kişileridir” ve “kendileri tarafından seçilen yetkili öğretim üyelerinden kurulu organları eliyle yönetilir ve denetlenirler”. 121'inci maddeye göre de, “radyo ve televizyon istasyonlarının idaresi, özerk kamu tüzel kişiliği halinde, kanunla düzenlenir”.²⁶⁹

c. Yasama İşlemlerinin Yargısal Denetimi ve Normlar Hiyerarşisi

Anayasanın üstünlüğü ilkesi üzerine inşa edilen 1961 Anayasası'nda, anayasanın üstünlüğü kuşkuya yer bırakmayacak şekilde 8. maddede düzenlenmiştir. Buna göre: “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını; idare makamlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları”ydı. Ve “kanunlar Anayasa'ya aykırı olamaz” dı. Fakat, yasaların anayasaya aykırı olamayacaklarını belirtmek de yeterli değildi. Bununla birlikte, yasaların anayasaya uygunluğunu sağlayacak bir denetim mekanizmasının da kurulması gerekirdi.

Nitekim 1961 Anayasası'nda anayasanın üstünlüğü sadece teorik olarak ifade edilmemiş²⁷⁰, *Anayasa Mahkemesi*'nin kurulması öngörülerek (md.145-152) yasaların ve TBMM içtüzüğünün anayasaya uygunluğunun denetlenmesi sağlanmış, böylelikle anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi yaşama geçirilmiştir.

Normlar hiyerarşisinin bir gereği olarak da, *bağımsız bir üst yargı mekanizması* olarak kurulan Anayasa Mahkemesi ile, yasama organının tasarruflarının Anayasaya uygunluğu, yargı eliyle yaptırıma bağlanmıştır.

²⁶⁹ Özbudun, a.g.e., s.43

²⁷⁰ Nohutçu, a.g.e., s.42

1961 Anayasasına göre, yasaların anayasaya uygunluğunun denetimi esas olmakla birlikte, bazı durumlarda, bu denetim genel mahkemelerce de yapılabilmekteydi.²⁷¹ Genel mahkemelere koşula bağlı ayrık bir durum olarak ,yaygın denetim bağlamında, Anayasa’ya uygunluk denetim yetkisi tanınmıştı.²⁷²

Anayasa da, düzenleyici idari işlemleri yapacak organlar ve bunlar üzerindeki yargı denetimi de düzenlenerek, hukuk kurallarını koyan organlarla, bunları uygulayan ve uygun olmayan normları hukuk düzeninden çıkaran organlar birbirinden bağımsızlaştırılmıştır.²⁷³

d. Yürütme İşlemlerinin Yargısal Denetimi

İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır, hükmüyle idarenin hukuka bağladığı sağlanmıştır. “İdarenin hiçbir eylem ve işlemi, hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz” (md.114) şeklindeki mutlak ifade ile, sıkıyönetim hali dahil, idarenin hiçbir eylem ve işleminin yargısal denetim dışında tutulamayacağı açıktır.²⁷⁴

1961 Anayasasının 114’üncü maddesi hukuk devletinin gelişimi açısından bilhassa önemlidir. Öyle ki, bu hükümden, hem yasama organı hem de idari yargı organı etkilenmekteydi. Yasama organına yönelik tarafla, bu hükümle birlikte, idari yargı yolunu kapatacak kanunların çıkarılmasının mümkün olamayacağıydı. İdari yargıya yönelik çıkarımsa, bu mahkemelerin yürütme işlemlerinden doğan bazı uyuşmazlıkları kendi görev alanları dışında olmaları sebebiyle bakmayı reddetmelerine mahal vermemesi idi.²⁷⁵

Ayrıca, 1961 Anayasası *Danıştay*’lı bir idari yargı sistemini benimsemiştir. Anayasası’nın 140. Maddesi *Danıştay*’ı “idarî uyuşmazlıkları ve dâvaları görmek ve çözümlemek, Bakanlar Kurulu’nca gönderilen kanun tasarıları hakkında düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını ve imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevli” kılmıştır.

²⁷¹ Özbudun, a.g.e., s.42

²⁷² Kaboğlu; Anayasa Hukuku Dersleri, s.304

²⁷³ Kaboğlu, “Türkiye’de Hukuk Devletinin Gelişimi”, s.108-109

²⁷⁴ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.100

²⁷⁵ Özbudun, a.g.e., s.126-127

Böylece, yönetimce konulacak düzenleyici kuralların ve bütün yönetim işlemlerinin hukuka uygunluğunu sağlayacak denetim mekanizması da Anayasa'nın çeşitli hükümleriyle kurulmuş olmaktadır.

e. Kanuni İdare (Yasal Yönetim)

1961 Anayasası, yürütmenin görevini, kanunlar çerçevesinde (md.6), yerine getireceğini belirtmiş, böylece onun anayasal çerçevede kalmasını sağlamak istemiştir. Böylece “Kanuni İdare” ilkesiyle, idarenin hukuka bağlılığı yönünden gerekli hukuk ortamı en ileri bir biçimde hazırlanmıştır.²⁷⁶ Ayrıca, 8.madde ile, Anayasa hükümlerinin yalnız yasama ve yargı organlarını değil, yürütme organını ve idare makamlarını da bağlayacağı belirtilmiştir.

Sonuç olarak, 1961 Anayasasında, hukuk devletinin gelişiminde önemli olan, idari işlemlerin mutlaka kanuna dayanması zorunluluğu ve kanun olmayan yerde idarenin de olmayacağı ilkesi²⁷⁷ kabul edilmiştir.

f. Yargı Bağımsızlığı ve Yargıç Güvencesi

1961 Anayasasının hazırlanmasında yargı bağımsızlığını bütün gerekleriyle gerçekleştirme konusuna büyük önem verilmiştir. Yargı ile yasama eşdeğerde tutulmuş, yürütmenin bir “görev” olarak nitelendirilmesine karşılık, yasama ve yargı birer “yetki” olarak nitelendirilmiştir (md. 5,6,7). Yargı yetkisi de, yasama yetkisi gibi “tam bir genel ve ilkel yetki” olarak kabul edilmiştir.²⁷⁸

Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonunun gerekçesine göre, “hukuk devletinin temel unsuru bütün devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olmasıdır. Bu uygunluğu sağlayacak makamlar yargı organlarıdır... Kazai denetimi yapacak olan organların bağımsızlığı bu denetimin ciddiyet ve müessiriyetinin(etkililik) şartıdır. Bu bakımdan, hakimler ve mahkemeler üzerinde her çeşit tesirleri bertaraf edici hükümler tasarıya konulmuş, mahkemeler yürütme ve yasama organı karşısında

²⁷⁶ Gözübüyük ve Tan, a.g.e., s.42

²⁷⁷ Özbudun, a.g.e.

²⁷⁸ Özbudun, a.g.e., s.370-371

tamamıyla bağımsız hale getirilmiş, hakimlerin her türlü hakları teminat altına alınmış ve bu maksatla bir Yüksek Hakimler Şurası kurulmuştur”.²⁷⁹

Türk Anayasa hukukunda Mahkemelerin bağımsızlığı ile hakimlerin bağımsızlığı eşanlamlı kullanılmaktadır.²⁸⁰ Nitekim, 1961 Anayasası’nın 132. maddesi “Mahkemelerin bağımsızlığı” başlığı altında, Hâkimlerin, görevlerinde bağımsız olduklarını ve Anayasaya, kanuna, hukuka ve vicdanî kanaatlarına göre hüküm vereceklerini beyan etmektedir.

1961 Anayasasın da, mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıçlara sağlanan güvenceler ayrıntılı olarak düzenlenmiştir (md.132-133). Bunun yanında, hakimlik teminatını sağlamak için bağımsız Yüksek Hakimler Kurulu (YHK) kurulmuştur (md.143). Böylece, Hâkimlerin bütün özlük işleri hakkında karar verme yetkisi Yüksek Hâkimler Kuruluna (md.144) verilmiştir.

Hakimlik güvencesinin unsurlarından bazıları (azlolunamama, altmış beş yaşından önce emekliye sevk edilememe; aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun bırakılamama) Anayasa’da belirtilmiş olmakla birlikte; mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre (md.134) diğerlerinin düzenlenmesi, kanuna bırakılmıştır.²⁸¹ Yargı organının bağımsız kılınmasıyla, bir yandan hak ve özgürlüklerin korunması, diğer yandan idarenin tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetiminde olması etkinlik ve anlam kazanmış olmaktadır.

g. Hukukun Genel İlkelerinin Geçerliliği

1961 Anayasasında “hukukun genel ilkeleri” nden doğrudan söz edilmemiş , dolaylı olarak, 132’nci madde ile, “bu ilkelerin hakim tarafından bir hukuk kaynağı olarak kullanılabileceğini ima edilmiştir”.²⁸²

²⁷⁹ Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu Raporu, Karar no: 27, S. sayısı: 35, k.t.: 9.03.1961, s.6

²⁸⁰ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.440-441

²⁸¹ Özbudun, a.g.e., s.373

²⁸² Özbudun, a.g.e., s.131

h. Kanun Önünde Eşitlik İlkesi

Yasaların genelliği, yani “benzer durumların aynı çözümlere bağlanması”, hukuk devleti ilkesinin başlıca gereklerinden biridir. Bunu dolaylı biçimde, 1961 Anayasasının 12. Maddesinde belirtilen yasa önünde eşitlik ilkesinden de çıkartmak mümkündür.

Anayasanın, temel haklar ve ödevler başlıklı ikinci kısmında düzenlenen eşitlik ilkesine göre: “Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayırımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz”.

2.2.3. 1961 Anayasası 1971 ve 1973 Değişiklikleri

Özgürlüklerin kötüye kullanılmasının önlenememesi, şiddet ve terör eylemlerinin artması ile 1961 Anayasasının “Türkiye’ye bol geldiği” konusu gündeme gelmiş ve Anayasa’ya yöneltilen suçlamalar arttırmıştır.²⁸³ Türk Silahlı Kuvvetleri’nin 12 Mart 1971 muhtırasıyla, “partiler üstü” geçici bir yönetim kurulmuş, Anayasa değişikliği gündeme gelmiştir. 1971-1973 ara rejim döneminde iki kez önemli değişiklik geçiren 1961 Anayasasında yapılan, en kapsamlı değişiklik, 22 Eylül 1971 tarihli 1488 sayılı kanunla olmuş, 35 maddesi değiştirilmiş ve 9 geçici hüküm eklenmiştir. Diğer önemli değişiklik ise, 20 Mart 1973 tarihli 1699 sayılı kanunla yapılmıştır.²⁸⁴

a. Temel Haklara Getirilen Sınırlamalar

1961 anayasasının uğradığı “revizyon”dan en çok etkilenen, 1961 Anayasası ile getirilen geniş kapsamlı hak ve hürriyetler sistemi olmuştur. Bu alandaki farklı tutum ve anlayışın en açık belirtisi ise, 11. madde de yapılan değişiklikte görülür. Özgün (ilk) halinde “*Temel hakların özü*” kenar başlığını taşıyan bu madde, “kanun, kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik gibi sebeplerle de olsa, bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz” demek suretiyle kanun koyucunun belli nedenlerle hürriyetleri sınırlandırma yetkisine sınır koyan bir hüküm

²⁸³ Giritli ve Sarmaşık; Anayasa Hukuku, s.206

²⁸⁴ Özbudun, a.g.e., s.49

getiriyordu. Başka deyimle madde “*sınırlandırmayı sınırlandırmak*” amacını güdüyor ve hürriyetin asıl, sınırlamanın ise istisna olduğunu belirtiyordu. Değişiklik sonrası ise, bu ilke tersine çevrilmiş ve sınırlamanın asıl olduğu kanısını verecek bir formül getirilmiştir. Ayrıca, maddeye hürriyetlerin kötüye kullanılmasını önleme amacını taşıyan yeni bir fıkra eklenmiştir.²⁸⁵ Böylece, Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma nedenleri genişletilerek, 11. madde Anayasa’daki bütün hak ve hürriyetleri kapsayan bir “*genel sınırlandırma maddesi*” haline getirilmiştir.

Devletin ülkesi ve milletin bütünlüğü, kamu yararı, Milli Güvenlik gibi terimlerle daha önce sınırlandırılması öngörülmemiş olan özgürlüklerin de böylece sınırlandırılması mümkün hale getirilmiştir. Çeşitli hak ve özgürlükler için de özel sınırlama sebepleri artırılmıştır.²⁸⁶

Devlet memurlarının sendika kurma hakkına son verilmiş (md.119); tabii yargı yolu yerine *kanuni yargı yolu ilkesinin* getirilmiştir (md.32).

b. Yürütmenin Güçlendirilmesi

1971 Anayasa değişikliği ile, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin tanınması (md.64), yasama ve yürütme fonksiyonlarının ayrılığında daha önceki sistemden sapma olduğunu göstermektedir.²⁸⁷ Üniversitelerin özerkliği zayıflatılmış (md.120) ve TRT’nin özerkliği kaldırılmıştır (md.121).

Yürütmenin denetimi konusunda 1961 Anayasasındaki : “İdarenin hiçbir eylem ve işlemi, hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz” (md.114) şeklindeki mutlak ifade, sıkıyönetim hali dahil, idarenin hiçbir eylem ve işleminin yargısal denetim dışında tutulamayacağı anlamındaydı. Bu konudaki netlik 1971 anayasa değişikliğiyle yumuşatılmıştır²⁸⁸: “İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır.”

²⁸⁵ Kapani, a.g.e., s.131-132

²⁸⁶ Nohutçu, a.g.e. s.47

²⁸⁷ Özbudun, a.g.e., s.192

²⁸⁸ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.100

c. Yargı Denetimine Getirilen Sınırlamalar

1961 Anayasası'nın ilk halinde Anayasa Mahkemesi anayasa değişikliği kanunlarını da hem şekil hem de esas açısından denetleyebiliyorken, 1971 anayasa değişikliğiyle esas açısından denetime son verilmiş, şekil denetimi de teklif ve kabul yeter sayıları ile ivedilikle görülemeyeceğine uyulup uyulmadığı ile sınırlanmıştır²⁸⁹ (md.47).

Askeri yargı sivil yargı aleyhine genişletilmiştir. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) kurulmuştur. Böylece, asker kişilerle ilgili idari eylem ve işlemlerin denetimi Danıştay'dan alınarak, yeni kurulan Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ne verilmiştir. Devlet güvenlik mahkemeleri kurulmuştur.²⁹⁰

Yargı alanında yapılan değişiklikler sonucunda çeşitli yargı kuruluşlarının yetkileri sınırlandırılmış, iktidarın kullanılışı üzerindeki yargı denetiminin etkinliği azaltılmış ve yargı bağımsızlığı ilkesi zedelenmiştir.²⁹¹

Sonuç olarak, 1961 Anayasası ile genişleyen hukuk devleti çerçevesi 12 Mart 1971 askeri muhtırasının ardından gerçekleştirilen anayasa değişiklikleri ile daraltılmış, sekteye uğramıştır. Bu değişikliklerle, otorite-özgürlük dengesi, otorite lehine yeniden düzenlenmiştir.

Genel olarak bakıldığında; yürütme organı kuvvetlendirilmiş, tüm temel hak ve özgürlükler için geçerli olmak üzere bir takım genel sınırlandırma nedenleri getirilmiş, örgütlenme özgürlüğü üzerinde bir takım engeller yaratılmış, yargı askeri ve sivil yargı olarak ikiye ayrılmıştır.²⁹²

²⁸⁹ Nohutçu, a.g.e., s.357

²⁹⁰ Nohutçu, a.g.e., s.47

²⁹¹ Kapani, a.g.e., s.136

²⁹² Sezer; Kırıt; Boyar, a.g.e., s.75

BÖLÜM III

1982 ANAYASASI

12 Eylül 1980 tarihinde, “askeri bir hareket sonucunda”²⁹³, 1961 Anayasası dönemi kapanmıştır. 1961 Anayasası’nın otorite-hürriyet dengesini bozarak, devleti güçsüz kılmış olduğu yargısı, 1982 Anayasasının hazırlanmasında etkili olmuştur.²⁹⁴ Böylece, 29 Haziran 1981 tarihli Kurucu Meclis Hakkında Kanun ile Danışma Meclisi oluşturulmuş ve bu mecliste hazırlanan Anayasa tasarısına, Milli Güvenlik Konseyi tarafından son hali verilmiştir.

Kurucu Meclis’in çalışmalarına hakim olacak esaslar, şöyle ifade edilmiştir: “Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin varlığı ve bağımsızlığı, ülkenin ve milletin bütünlüğü ve bölünmezliği anlayışı içinde herkesin insan haklarından ve temel hürriyetlerden eşitlik ilkesine göre yararlanmasını ve hukukun üstünlüğünü sağlayacak demokratik hukuk devletinin kurulması için gereken hukuki düzenlemelerle Anayasayı, Siyasi Partiler ve Seçim kanunlarını yapmak ve varlığı, genel seçimlerle kurulacak Türkiye Büyük Millet Meclisi fiilen göreve başlayınca sona ermek üzere Kurucu Meclis kurulması kararlaştırılmıştır.” Kanunun Başlangıç

²⁹³ Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk; İdare Hukuku; s.101

²⁹⁴ Özbudun, a.g.e., s.64

kısımında sözü edilen bu kavramların tümü, sonrasında 1982 Anayasası'nda yer almıştır.²⁹⁵

24 Eylül 1982 tarihli “Anayasanın Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanun” gereğince 7 Kasım 1982 tarihinde halkoyuna sunulmuştur. Halkoylaması sonucunda, %8.63 “hayır”, %91.37 oranında “evet” oyuyla Türkiye Cumhuriyeti'nin yeni Anayasası kabul edilmiştir.

3.1. 1982 ANAYASASI'NIN MUHTEVASI

1982 Anayasası, Türk Anayasaları içinde gerek madde sayısı gerek maddelerin içeriği açısından en uzun olanıdır. Anayasanın 176'ncı maddesine göre, “dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmı Anayasa metnine dahil” olmak üzere, onun dışında yedi kısımda düzenlenen, 177 madde ile geçici 16 maddeden oluşmuştur. Buna göre: Birinci kısımda genel esaslar, ikinci kısımda temel hak ve ödevler, üçüncü kısımda Cumhuriyetin temel organları, dördüncü kısımda mali ve ekonomik hükümler, beşinci kısımda inkılap kanunlarının korunması, altıncı kısımda geçici hükümler ve yedinci kısımda son hükümler yer almaktadır.

1982 Anayasası da, 1961 Anayasası gibi, genel ilkeleri koymakla yetinmemiş, bir çok olası durumu düzenleyerek, çerçeve anayasa olmaktan çıkmış, “*kazuistik*” bir yöntemle hazırlanmıştır. 1982 Anayasası, 1961 Anayasasına nispeten daha *bükülmez (katı)* bir anayasadır.

3.2. 1982 ANAYASASI'NIN HUKUK DEVLETİ AÇISINDAN DEĞERİ

Hukuk devletinden ilk olarak, 1961 Anayasasında söz edilmiş ve yine aynı Anayasa ile hukuk devletinin gerçekleşmesi için gerekli koşullar ayrıntılı olarak düzenlenerek, hukuk devleti anayasal bir yapıya kavuşturulmuştur.²⁹⁶ Hukuk devleti, 1982 Anayasası'nda, bazı kısıtlamalara uğramış olsa da, Anayasanın temel ilkelerinden biri olmayı sürdürmüştür.

²⁹⁵ Özbudun, a.g.e., s.55

²⁹⁶ Güriz, a.g.e., s.163

Anayasa 1'nci maddesinde "Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir" dedikten hemen sonra, "Cumhuriyetin nitelikleri" kenarbaşlığını taşıyan 2'nci maddesinde vurgulanan hukuk devleti kavramı, değişmez hükümler arasında yer almıştır. Bu madde: "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir." hükmünü içermektedir.

Bu ilke anayasanın diğer maddelerinin hükümlerinin kaleme alınmasında asli bir rol oynamış, deyim yerinde ise Anayasa'nın özünü ve ruhunu oluşturmuştur. Anayasa'nın lafzı ve ruhuna doğrudan etkili olmuştur.²⁹⁷

Anayasanın Başlangıç bölümünde "hiçbir kişi yada kuruluşun Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve hukuk düzeni dışına çıkamayacağı" belirtilmiştir. "*Hukukun üstünlüğü*" deyimini ise, 103. madde de, Cumhurbaşkanı'nın andiçmesine ilişkin metinde ve 81. maddedeki milletvekillerinin andiçmesine ilişkin maddede yer verilmiştir.

Netice itibariyle, 1982 Anayasası "hukuk devleti" ilkesini kabul ederek, bu hususta şu düzenlemeleri getirmiştir: Bir tepki anayasası niteliğinde oluşu sebebiyle, temel hak ve özgürlüklerde kısıtlamaya gidilerek, Anayasa'nın vesayetçi niteliği öne çıkarılmış, Cumhurbaşkanı'nın ve genel itibariyle yürütmenin yetkileri arttırılmıştır. Böylelikle, devlet otoritesi güçlendirilmek istenmiştir. Tek meclisli sisteme geri dönülerek, o dönemde artmış olan siyasi mücadele ve tartışmaları azaltma yönünde "daha az katılımcı" bir model benimsemiştir.

Tüm bunların sonucunda, 1961 Anayasası'nın aksine bu defa 1982 Anayasasının "Türkiye'ye dar geldiği" tartışmaları gündeme gelmiştir. Bunun üzerine 1987 ve 1993'de Anayasa da ilk değişiklikler yapılırken; 1995 tarihinde yapılan değişiklikle 1982 Anayasasının "başlangıç" ve 16 maddesi değiştirilerek "katılımcı" niteliği kuvvetlendirilmiştir. Sonrasında yine bir çok değişiklik yapılmakla birlikte, günümüz itibariyle yapılmış bulunan son iki değişiklik ise: Yüksek yargı da köklü değişiklikleri içeren 2010 tarihli değişiklikler ile 2017 tarihli Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçişi öngören değişiklikleridir.

²⁹⁷ Atay, a.g.e., s.70

3.2.1. Temel Hak ve Özgürlükler

Özgürlüklerin düzenlenmesi yönünden, 1961 Anayasası ile 1982 Anayasasında özde önemli bir fark vardır; her iki anayasa, devletin varlığını önkoşul olarak görmekle birlikte, 1961 Anayasası'nda, temel hak ve özgürlükler açısından, öncelik kişiye verilmiş, kişinin özgürleştirilmesi için devlet görevli sayılmıştır. Buna karşılık, 1982 Anayasası'nda ise, öncelik kişiye değil, devlete²⁹⁸ ve “devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü” ne verilmiştir.

1961 Anayasasının insan haklarına ve temel hak ve özgürlüklere bakışı daha evrensel iken, 1982 Anayasasının insan haklarına ve temel hak ve özgürlüklere bakışı daha bir “millidir”²⁹⁹. 1982 Anayasasının Başlangıç kısmının 6. paragrafında: “Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu...” ifade edilmiştir.

1961 Anayasası Türkiye Cumhuriyeti'nden, “insan haklarına dayanan... bir hukuk devleti” olarak söz ederken, 1982 Anayasası Türkiye Cumhuriyeti'ni “...insan haklarına saygılı... bir hukuk devleti” olarak nitelendirmiştir (md.2).

1982 Anayasasının yine 2. maddesinde “...toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı...” şeklindeki ifade yazılış tarzıyla da dikkat çekmektedir. Buradan çıkarımla; “toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet”; insan haklarının hudutlarını belirleyip onu çerçeveselendirmekte midir yoksa ondan bağımsız olarak mı kullanılmıştır. Cümledeki kelimelerin diziliminden her iki kanıya varmak da mümkündür.³⁰⁰ Nitekim, Anayasa Mahkemesi, verdiği bir kararda,

²⁹⁸ Güriz, a.g.e., s.166

²⁹⁹ Bülent Tanör, “Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu”, BDS Yayınları, 3. Bası, İstanbul 1994, s.198.

³⁰⁰ Özbudun, a.g.e., s.109

1982 Anayasasında “...insan haklarına toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde saygılı olunacağı ...”³⁰¹ görüşünü benimsemiştir.

1982 Anayasası’nda kutsallık, bireye ve onun haklarına değil; devlete atfedilmiştir. Devlet- toplum- birey ilişkilerinde, toplumu bireyin üstünde, devleti ise her ikisinin de üstünde tuttuğu görülmektedir.³⁰² Zira, 1982 Anayasası’nda, insan hakları devletin temeli, varoluş nedeni olarak ele alınmamıştır.³⁰³ Ancak 1982 Anayasası’nın insan haklarına dayanmadığı ve sadece bunlara saygı göstermek durumunda olduğu da söylenemez.³⁰⁴

Kişiler hak ve hürriyetlerini kullanırken, kendileri haricinde oluşan, dışsal kaynaklı, ekonomik, siyasi ve sosyal engellerle karşılaşabilirler. Böyle bir durumda, Anayasa, temel hak ve hürriyetlerin sağlanmasında, devlete etkin bir ödev yüklemektedir.³⁰⁵ Buna göre, “kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve özgürlüklerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak biçimde sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli koşulları hazırlamaya çalışmak devletin görevi” olarak sayılmıştır (md.5).

1982 Anayasası’nda, 1961 Anayasası’nda olduğu gibi, herkesin “ kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere” sahip olduğu belirtilmiştir (md.12/1). İlaveten, 1961 Anayasası’nda yer almayan, “temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder” kuralı getirilmiştir (md.12/2). Yani, temel hak ve özgürlüklerin, kişiye sadece üstünlük sağlamadığı, “*kişiye bazı ödev ve sorumluluklar yüklediği*” ifade edilmiştir.

Buna göre, hak ve özgürlüklerin ilk sınırı kendi bünyesinde ve özünde yer aldığından, kişi onları kendi iradesince kullanırken, ödev ve sorumluluklarını da göz önünde bulundurmak zorundadır.³⁰⁶ Ayrıca, temel hak ve hürriyetlerin yalnız kişi-

³⁰¹ 13.06.1985 Tarih ve E.1984/14, K.1985/7 sayılı karar, AMKD, sayı 21, s.173

³⁰² Bülent Tanör, İki Anayasa, s.133

³⁰³ Sezer; Kırıt; Boyar, a.g.e., s.43

³⁰⁴ Atay, a.g.e., s.73

³⁰⁵ Atay, Hukuk Başlangıcı, s.377

³⁰⁶ Duman, a.g.e., s.33

devlet ilişkilerinde değil, kişiler arası ilişkilerde de uygulanabileceği öngörülerek, uygulama alanı genişletilmiştir.³⁰⁷

1982 Anayasası'nın 13.maddesi uyarınca: “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyet'in, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasa'nın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir.” Anayasa'nın özgün halinde, “hakkın özü” kavramına yer verilmeyerek, onun yerine “demokratik toplum düzeninin gerekleri” kriteri kabul edilmiştir³⁰⁸: Buna göre: Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz (md.13/2). Bu nedenler tüm hak ve özgürlükler için genel sınırlama nedenleri olarak kabul edilmiştir. Tüm temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında, genel bir sınırlama rejimi öngörülmüştür.

14.madde ise, “temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılamaması”, başlığı altında düzenlenmiştir: Buna göre: “Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbir, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devleti'nin ve Cumhuriyet'in varlığını tehlikeye düşürmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesini veya sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak veya dil, ırk, din ve mezhep ayırımı yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzenini kurmak amacıyla kullanılamazlar. Bu yasaklara aykırı hareket eden veya başkalarını bu yolda teşvik veya tahrik edenler hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir. Anayasanın hiçbir hükmü, Anayasada yer alan hak ve hürriyetleri yok etmeye yönelik bir faaliyette bulunma hakkını verir şekilde yorumlanamaz” (md.14). Bu düzenleme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 17'inci maddesinden esinlenerek getirilmiştir.³⁰⁹ Sözleşmenin 17'nci maddesi, hakların kötüye kullanımının yasaklanması, başlığı altında düzenlenmiştir: “Bu sözleşme hükümlerinden hiçbir; bir devlete, topluluğa veya kişiye, sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha

³⁰⁷ Atay, İdare Hukuku, s.74

³⁰⁸ Özbudun, a.g.e., s.117

³⁰⁹ Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk; a.g.e., s.72-73

geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir etkinliğe girişime ya da eylemde kullanma hakkını sağılar biçiminde yorumlanamaz.”

15’inci maddedeki, temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulmasına ilişkin hüküm ise: Savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde, durumun gerektirdiğı ölçüde uluslararası hukuktan doğan yükümlölüklerin çiğnenmemesi koşuluyla, hak ve özgürlüklerin bir bölümüyle ya da tümüyle durdurulabileceğini (askıya alınabileceğini) öngörmektedir. Bu durumlarda bile, durdurulamayacak hak ve özgürlükler vardır³¹⁰ ve bunlar da yine aynı madde de şu şekilde sıralanmıştır: Yaşama hakkı; kişinin “maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne” dokunulamaması; kişinin “din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklama” konusunda zorlanamaması ve bunlardan dolayı suçlanamaması; “suç ve cezaların geçmişe yürütülemezliği”; “suçluluğı mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimsenin suçlu sayılamayacağı”.

Anayasa’nın 17’nci maddesine göre, “Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.”Ayrıca, “TCK’nın 2/2’nci maddesi uyarınca, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.”³¹¹

Genel olarak baktığımızda, kişileri devlete ve topluma karşı koruyan koruyucu haklar Anayasa’nın “kişinin hakları ve ödevleri” bölümünde düzenlenmiştir. Bu bölümde sayılan özgürlükler arasında: Kişi dokunulmazlığı (md.17), zorla çalıştırma yasağı (md.18), özel hayatın gizliliğı (md.20), konut dokunulmazlığı (md.21), haberleşme özgürlüğü (md.22), yerleşme ve seyahat özgürlüğü (md.23), din ve vicdan özgürlüğü (md.24), düşünce ve inanç özgürlüğü (md.25), basın özgürlüğü (md.28), dernek kurma özgürlüğü (md.33), toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı (md.34) gibi hak ve özgürlükler yer alır.

Anayasa, 1961 Anayasasından farklı olarak, mülkiyet hakkına, ekonomik haklar arasında değil, kişi hakları arasında yer vermiştir. Mülkiyet hakkı, devletten önce var olan, devlete karşı da korunması gereken, kişi hakları yönü ağır basan, haklardan sayılmıştır. Anayasa da, kişi hak ve özgürlüklerinin korunmaları ile ilgili kurallara da yer verilmiştir. Bunlar: Kişi güvenliği (md.19), hak arama özgürlüğü (md.37), yasal

³¹⁰ Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk; a.g.e., s.72-73

³¹¹ Bkn. Türk Ceza Kanunu, “<https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5237.html>”

yargıç güvencesi (md.37), cezaların yasallığı ve kişiselliği (md.38), ispat hakkı (md.39), yetkili makama başvurulabilme olanağının sağlanması (md.40) gibi kurallardır.

1982 Anayasası'nda, 1961 Anayasasında olduğu gibi, sosyal devlet ilkesi benimsenerek, ikinci kısmının üçüncü bölümünde, sosyal ve ekonomik haklara ve ödevlere, 41. ve 65. maddeleri arasında yer verilmiştir.

3.2.1.1. 1982 Anayasası'nda 2001-2004 Değişiklikleri

1982 Anayasasının ilk hali, hak ve özgürlükleri sınırlama, güvenceleri azaltma yönünde bir eğilim gösterirken, 2001 Anayasa revizyonuyla birlikte, sınırlamalar azaltılarak, güvenceler arttırılmıştır.³¹²

1982 Anayasasında, 3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı yasayla bir dizi önemli değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklikler arasında 13.madde de yapılan revizyonun ayrı bir önemi vardır. Yapılan değişiklikle, 13. madde, genel sınırlama hükmü olmaktan çıkarılmış, sınırlamanın sınırlarını gösteren bir madde haline gelmiştir: “Temel hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilirler.” Böylece, *genel sınırlama nedenleri sisteminden vazgeçilerek*, her temel hak ve özgürlüğü düzenleyen maddede, o maddeye özgü sınırlamalar gösterilmiş ve *özel sınırlama nedenleri* kabul edilmiştir.

Bu sınırlamalar ise, “Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” Buna göre, Anayasa birçok maddede, yalnız hak ve özgürlüğü tanımlamakla yetinmemiş, aynı zamanda yasa koyucunun, o hak ve özgürlüğü düzenlerken dokunamayacağı noktaları da göstermiştir. Bunlar anayasanın sözüdür. Sınırlamanın bu açıklığa uygun olması gerekir.

Anayasanın özü ve ruhu kavramı ise, Anayasanın bütünü ve ondan çıkan anlamdır. Yasal düzenleme Anayasanın ruhuna da uygun olmalıdır.³¹³ Böylelikle 13.maddenin

³¹² Kaboğlu; Anayasa Hukuku Dersleri, s.223

³¹³ Duman, a.g.e., s.34

yeni düzenlemesi, genel sınırlandırma hükümleri içermeyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile de uyumlu bir hale gelmiştir.³¹⁴

Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılamaması başlıklı 14. madde ise, değişiklik sonrası, şu şekilde düzenlenmiştir: *“Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz. Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz. Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.”*

Böylece, maddeden, Türk Devletin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesini veya sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak veya dil, ırk, din ve mezhep ayrımı yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzeni kurmak gibi ögeler çıkarılmıştır.³¹⁵ Yapılan değişiklikle devletin insan haklarına saygılı (md.2) niteliğinin yanı sıra insan haklarına dayanan bir rol üstlendiği de görülmektedir.

14. madde, yapılan değişiklik sonrası, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 17. maddesiyle daha yakın bir anlam kazanmıştır. Yeni düzenleme metninde madde içerisinde faaliyet kelimesine üç kez vurgu yapılmış olması, maddenin mutlak olarak düşünce açıklamalarını değil, eylemleri yasakladığı yönündeki görüşleri destekler mahiyettedir.³¹⁶

7 Mayıs 2004 tarihli, 5170 sayılı yasayla Anayasa’nın 90. maddesinde yapılan değişiklikle, maddenin son bendindeki “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.” hükmüne ek olarak “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek

³¹⁴ Özbudun, a.g.e., s.113

³¹⁵ Sezer; Kırt; Boyar, a.g.e., s.93

³¹⁶ Özbudun, a.g.e., s.122

uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır” hükmü getirilmiştir. Böylece, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmaların, iç hukuk kurallarının üstünde olduğu hükme bağlanmıştır. Bu şekliyle de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri, yargıçlarca çatışma halinde doğrudan uygulanabilir nitelik kazanmıştır.³¹⁷

3.2.2. Kuvvetler Ayrılığı

1982 Anayasası’nın, Başlangıç kısmının 6. paragrafında, kuvvetler ayrımının; Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına...gelmediği, belli Devlet yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı, medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu... belirtilmiştir.

Anayasanın 6. maddesi ise, hukuk devletinin bir gereği olarak egemenliği millete vermiş ve Türk milletinin bu egemenliği “Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle” kullanacağını hükme bağlamıştır.

1982 Anayasası, 7. maddesiyle Türk Milleti adına yasama yetkisini “Türkiye Büyük Millet Meclisine” vermiş ve bu yetkinin devrinin mümkün olmadığını belirtmiştir. 8. madde ile yürütme yetki ve görevi Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılıp yerine getirilmek üzere, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu’na verilmiştir. Yargı görevinin ise, 9. madde ile “Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı” belirtilmiştir.

1961 Anayasasında Cumhuriyet Senatosu ve Millet Meclisinden oluşan Türkiye Büyük Millet Meclisi artık *tek meclisli* bir yasama organına dönüştürülmüş, 1961 Anayasasında kanunlar çerçevesinde yerine getirilen bir görev olan yürütme fonksiyonu, 1982 Anayasasıyla aynı zamanda bir *yetki* haline de gelmiştir. Klasik erkler ayrılığında görüldüğü üzere, üç erk arasından yürütme organı üstün tutulmuştur. Başta Cumhurbaşkanı olmak üzere yürütme organının yetkilerini

³¹⁷ Akkuş, a.g.e., s.320-321

arttırılmıştır. Bununla birlikte, yürütme organı yargı karşısında da avantajlı duruma getirilmiştir.³¹⁸

1982 Anayasasının yürütmeyi “yetki ve görev” olarak nitelendirmesi, Danışma Meclisince kabul olunan Anayasa Komisyonu Raporunun gerekçesinde şu şekilde açıklanmıştır: “Devletin yönetiminde, bütün faaliyetlerinde yasama kuvvetine bağlı, yasamaya tabi bir kuvvet olarak düzenlemiş idi. Halbuki modern hayatta yürütme kuvveti devletin beyni, hareket gücünün kaynaklandığı motorudur. Bundan dolayıdır ki, 1961 ila 1980 arasındaki devrede karar almak kudretinden yoksun hükümetler görülmüştür. İşte bu duruma son vermek için yürütme yasamaya tabi bir organ olmaktan çıkarılmış, her iki kuvvetin Devlet faaliyetlerinin düzenlenmesinde eşitlik ve denklik içinde işbirliği yapmalarını öngören parlamenter hükümet sistemi bütün gerekleriyle uygulanmaya konmuştur. Bu nedenle, yürütme, 1961 Anayasasında olduğu gibi bir görev olmaktan çıkartılmış, yürütme gerekli yetkilere sahip ve kanunların kendisine verdiği görevleri yerine getiren bir kuvvet olarak düzenlenmiştir.”³¹⁹ “Anayasa Komisyonu gerekçesi, yaygın hataya düşerek, yasama ve yürütme fonksiyonlarının ayrılığını hükümet sistemi sorunuyla karıştırmaya devam etmiştir.”³²⁰

3.2.3. Yasama İşlemlerinin Yargısal Denetimi ve Normlar Hiyerarşisi

1982 Anayasasının 6. maddesinde, Anayasadan kaynaklanmayan bir Devlet yetkisinin kullanılamayacağı ve egemenliğin kullanımının devredilemeyeceği belirtilerek, Anayasanın bu husustaki üstünlüğü ve bağlayıcılığı vurgulanmıştır.

“Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü” 1982 Anayasası'nın 11. Maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.” Böylece, Anayasa ile kanunlar arasındaki hiyerarşi de belirlenmiştir. Anayasa, kanunlar için bağlayıcı üst norm sayılmıştır.

³¹⁸ Sezer; Kırtı; Boyar, a.g.e., s.78; Kaboğlu, “Türkiye’de Hukuk Devletinin Gelişimi”, s.112-113

³¹⁹ Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu Raporu, 24 Eylül 1982, s. sayısı 450, s.4

³²⁰ Özbudun, a.g.e., s.192

Anayasaya aykırı yapılan işlem ve düzenlemelere engel olunabilmesi ancak yargı organı vasıtasıyla mümkün olabilir. Hukuk devletinin de bir gereği olarak, temel hak ve özgürlüklerin anayasaya aykırı şekilde düzenlenmesi ve sınırlandırılmasının önüne geçebilmek için de yasaların anayasaya uygunluğunu sağlayıcı mekanizmalara ihtiyaç vardır. Yani, anayasanın üstünlüğü ilkesinin gerçekleşebilmesi için yasaların anayasaya uygunluğunu denetleyecek mekanizmalar gereklidir.³²¹

Türkiye’de kanunların anayasaya uygunluğu, bağımsız bir üst yargı kuruluğu olan Anayasa Mahkemesi (md.146-153) tarafından denetlenir. Kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve TBMM İçtüzüğü’nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetlemek üzere Anayasa Mahkemesi kurulmuştur. Anayasa Mahkemesi, Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Esasla ilgili olarak yapılan uygunluk denetimi bir kanunun, kanun hükmünde kararnama ya da içtüzük kuralının anayasa ile çelişen bir yönü olup olmadığının araştırılmasıdır. Biçim yönünden denetim, bu tür mevzuatın anayasa ve içtüzükte öngörülmüş bulunan yöntem ve biçim kurallarına uygun yapıp yapılmadığını konularının denetimidir.³²²

“Ancak, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz. Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır. Şekil bakımından denetleme, Cumhurbaşkanınca veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biri tarafından istenebilir. Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılmaz; defî yoluyla da ileri sürülemez” (md.148).

Genel olarak bakıldığında, anayasa yargısınca şu kuralların denetlenebildiği görülür: anayasa değişiklikleri (yalnız şekil bakımından); yasalar (yasama organınca anayasaya uygun olarak çıkarılan, konuyu doğrudan doğruya düzenleyen,

³²¹ Atay, a.g.e., s.84

³²² Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk; a.g.e., s.82

yürürlüğünden önceki mevzuatı ortadan kaldıran, toplum içinde uyulması zorunlu, genel, soyut, sürekli nitelikte ilkeler içeren kurallar; “yasa gücünde kararnameler” (Bir yetki yasasına dayanmadan çıkarılan, yetki yasasının kapsamı dışında kalan, dayandığı yetki yasasının Anayasaya aykırılığı saptanan, amaç, kapsam ve ilkeler yönünden hem yetki yasasına ve hem de Anayasaya aykırı olan, çıkarılmasında ivedilik bulunmayan, münhasır yasa alanına taşan, yasama yetkisinin devri anlamına gelen yasa gücünde kararnameler iptal edilir); TBMM İçtüzüğü (içtüzük kuralları ile içtüzük niteliğinde kabul edilen yalnız içtüzükte yer alabilecek bir kuralı taşıyan yada iç tüzüğü değiştiren Meclis kararları)³²³ ve 85. maddede anılan parlamento kararları. (milletvekili dokunulmazlığının kaldırılması, meclisin karar verdiği hallerde üyeliğin düşürülmesi kararı ve meclis içtüzüğü olmak üzere 3 istisna hariç)³²⁴

Anayasanın 115. maddesinde Bakanlar Kurulu’nun “kanunlara aykırı olmamak kaydıyla” tüzük çıkarılabileceği belirtilmiştir. 124. maddeye göre de; idare, kanun ve tüzüklere aykırı olmamak kaydıyla yönetmelik çıkarabilecektir. Anayasanın “Kanunsuz emir” başlığını taşıyan 137. maddesi ise, normları aşağıdan yukarıya doğru bir kademelenme şeklinde saymıştır.³²⁵ Buna göre, “Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir...”. Böylece, 115. madde ile, tüzüklerin kanunlara aykırı olamayacağı; 124. madde ile ise, yönetmeliklerin kanun ve tüzüklere aykırı olamayacağı belirtilerek, normlar hiyerarşisindeki yerleri gösterilmiş olmaktadır.

Normlar hiyerarşisine iki önemli istisna getirilmiştir. Birincisi, hükümete verilen kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi (md.91); ikincisi ise, olağanüstü hallerde (md.119-122) Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkilerinin verilmesidir.

1982 Anayasasının öngördüğü Anayasa yargısına bakıldığında, normlar arasında, hukuk devleti ilkesi ile pek de bağdaşmayacak bir şekilde “*denetlenemez normlar kategorisi*”³²⁶ yaratıldığı görülmektedir.

³²³ Duman, a.g.e., s.344-345

³²⁴ Nohutçu, a.g.e.,s.357

³²⁵ Sezer; Kırıntı; Boyar, a.g.e., s.80

³²⁶ Sezer; Kırıntı; Boyar, a.g.e., s.85

Anayasa’ya göre anayasaya uygunluk denetimi dışında bırakılan normlar ve yasama işlemleri şu şekilde sıralanabilir: Anayasa değişikliği kanunlarını esas açısından anayasaya uygunluğu Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenemez (md.148/1). Anayasa değişikliklerinin şekil bakımından incelenmesi Anayasa’da, 148. maddesinin 2. fıkrasında “teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülüp görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı” hususlarının denetimi ile sınırlanmıştır. Olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamelerinin şekil ya da esas olarak anayasaya aykırılığı, Anayasa mahkemesi önünde ileri sürülemeyecektir (md.148/1). Seçimlerin geri bırakılmasına (md.78), savaş hali ilanına ve yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye’de bulundurulmasına izin verilmesine (md.92), olağanüstü halin veya sıkıyönetimin ilanına dair kararların onaylanmasına ilişkin (md.121-122) bazı kararların anayasal denetim dışında bırakılmasına dair Meclis Kararları, Anayasa yargısı denetimine açık değildir.

Anayasal denetimin itiraz yoluyla yapılmasına engel olan yargısal denetim yasakları: Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler, Yüksek Askeri Şura Kararları, memurlar hakkında verilen uyarma ve kınama cezaları, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) kararları yargı denetimi dışında tutulduğundan, bu işlemlerin dayandığı yargısal düzenlemelere karşı Anayasa mahkemesine itiraz yolu ile başvuruda bulunulamamaktadır.³²⁷

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar hakkında anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne şekil ve esas bakımından iptal davası açılmaz ve mahkemeler tarafından anayasaya aykırılık iddiası ileri sürülemez (md.90).

Anayasanın 152. maddesinin son fıkrası uyarınca, “Anayasa mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararlarının Resmi Gazetede yayımını izleyen 10 yıl içerisinde, aynı hükmün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunulamayacaktır”. Söz konusu hüküm hukuk devleti ilkesi açısından haklı olarak büyük eleştirilere maruz kalmıştır. On yıllık süre, Anayasa Yargısında itiraz yoluyla denetim yolunun öngörülüş amacına aykırıdır. Gerçekten de itiraz yolu ile denetimde (somut norm denetimi) mevcut bir uyuşmazlığa uygulanacak “kanun

³²⁷ İbrahim Ö. Kaboğlu, Anayasa Yargısı, İmge kitabevi, Ankara, 4.Baskı, 2018, s.84

hükümünün, anayasaya aykırı olduğunun ileri sürülmesi” söz konusudur ve bu itibarla yurttaşların temel hak ve özgürlük alanları ile doğrudan ilgilidir. Normları göz önünde bulundurarak vicdani kanaatlerine göre karar veren Yargıçların değişen değer yargılarını da kararlarına taşıyabilmeleri, bu surette mahkeme kararlarında meydana gelen değişikliklerle hukukun durağan olmaktan çıkarılması gerekmektedir.³²⁸

Anayasanın 174. maddesinde sayılan inkılap kanunlarının “anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılamaz ve yorumlanamaz”. Dolayısıyla bu kanunların anayasaya uygunluk denetimi yapılamaz.

Anayasa Mahkemesi, anayasaya aykırılığı ileri sürülen kuralları yasanın kendi yapısı içinde ele alır ve denetimi bu anlayışla yerine getirir. Anayasa Mahkemesi’nden ancak Anayasaya aykırı olan bir yasa kuralının uygulama alanından kaldırılmasını sağlamak için iptal kararı istenebilir. Anayasaya aykırı düşmeyen bir kuralın uygulama alanının genişletilmesi istenemez.

Bir yasa kuralının Anayasa’ya aykırı olduğunun kabul edilebilmesi için, bu kuralın Anayasa’nın koyduğu esaslara aykırı bir kural içermesi gerekir. Anayasaya aykırılıkların saptanabilmesi için, yasa kuralları kendi aralarında değil, anayasal kurallarla karşılaştırılır. Yasaların anayasaya uygunluk denetiminde, onların yalnızca anayasa kurallarına uygun olup olmadıkları saptanır. Anayasa Mahkemesi istemle bağlı olmak kaydıyla, başka bir gerekçe ile de anayasaya aykırılık kararı verebilir. Eksik düzenlemeyi gidermek, mevcut bir kuralın uygulama alanını genişletmek, daha uygun, daha doyurucu, daha uygar kural taşımalarını sağlamak amacıyla bir yasanın iptali istenemez.

Anayasa Mahkemesi, bir yasa veya yasa gücünde kararnamenin tümünü veya bir bölümünü iptal ederken, yasa koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde karar vermez, *yerindenlik denetimi yapmaz*, aykırılığı saptayıp iptal kararı vermekle yetinir, yasa koyucunun takdirinde anayasal ilke ve kurallar yönünden sakatlık yoksa buna karışmaz.³²⁹

1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru hakkını tanımamaktadır. Oysa ki, bireysel başvuru hakkı tanınması “yargıçları anayasal norma mutlak

³²⁸ Sezer; Kırt; Boyar, a.g.e., s.85- 86

³²⁹ Duman, a.g.e., s.343-344

üstünlük bahşetmeye ve fiilen anayasa yargıcını, yargı kararlarının anayasaya uygunluğunun uyanık bir bekçiliğine dönüştürmeye götürür”.³³⁰

Yasaların ve Anayasa da sayılan diğer işlemlerin anayasaya aykırı olup olmadığını denetleyen Anayasa Mahkemeleri günümüzde artık “hukuk devletinin evrensel bir ölçütü”³³¹ olarak görülmektedir.

3.2.4. Yürütme İşlemlerinin Yargısal Denetimi

“Hukuk devletinin en önemli vasfı özellikle idarî işlem ve eylemlerin yargı dışı kalmamasıdır.”³³² İdari yargı denetimi, önemi sebebiyle, hukuk devletinin bir unsuru değil neredeyse onunla eş³³³ bir anlama gelmektedir.

Hukuk devletinin bir gereği olarak, kişi hak ve özgürlüklerinin sadece diğer kişilere karşı değil, idarenin hukuka uygun olmayan davranışlarına karşı da korunması gereklidir. Anayasa, yönetimin hukuka uygunluğunu sağlamak için, 125’inci maddesinde idarenin tüm eylem ve işlemlerini yargı denetimine tabi kılmakta ve bu denetimi sağlayacak bir yargı mekanizması kurmaktadır.

Böylece, idarenin eylem ve işlemlerinin denetlenmesi için, idari rejim sistemine uygun, idari yargı yolu oluşturulmuştur. Yürütme ve İdare’nin bu eylem ve işlemlerine karşı yasalarla öngörülmüş siyasal ve yönetsel başka denetim yolları olmakla birlikte, (kamuoyu, sivil toplum kuruluşları ve uluslararası kuruluşların denetimi gibi) bunların en etkilisi yargısal denetimdir.³³⁴

1982 Anayasası’nın yine 125. maddesinde idari yargı denetiminin niteliği ve sınırları şu şekilde belirtilmiştir: “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

³³⁰ Kaboğlu, a.g.e., s.78

³³¹ Sezer; Kırıt; Boyar, a.g.e., s.82

³³² Burhan Kuzu, Hukuk Devleti Ve Hukuk Zihniyeti, Akademik Araştırmalar Dergisi, Sayı 1, s.4

³³³ İl Han Özyay, Devlet, İdari Rejim ve Yargısal Korunma, 3.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s.634

³³⁴ Nohutçu, a.g.e., s.85

niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez.” Bu hükümle; idari yargının “*yerindenlik (opportunité) denetimi*” yapamayacağı, sadece “*kanunilik veya hukuka uygunluk (légalité) denetimi*” yapabileceği; idari yargı kararlarının idari eylem ve işlem niteliğinde olamayacağı; kanunun idareye takdir yetkisi tanıdığı durumlarda, idarenin yasa çerçevesinde kullandığı takdir hakkının yerindenliğinin denetlenmesinin mümkün olmadığı ifade edilmek istenmiştir.³³⁵ Her halükarda hukuka aykırı bir işlemin, yargı denetimi dışında bırakılması, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacaktır.

Yine aynı maddenin 5. fıkrasında: İdari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulması kararı... verilebileceği belirtilmiştir. Yürütmenin durdurulması istisnai bir işlemdir. Ancak idari işlem neticesinde telafisi güç veya imkansız zararların doğacak olması ve idari işlemin hukuka aykırı görünmesi durumlarında buna hükmedilebilir. Aynı maddenin bir sonraki fıkrasında ise kanunun, “olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde ayrıca millî güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini...” sınırlayabileceği anlaşılmaktadır.

1982 Anayasası’nın en çok eleştirilen yönlerinden biri de, yargı yolunu kapatan düzenlemelere yer vermiş olmasıdır. İdarenin bazı işlemleri, yargı denetimi kapsamı dışında bırakılmış, bazı kanunlarla da yargı yolu kapatılmıştır. Yargı denetiminin bir bütün olduğunu düşündüğümüzde, bazı işlemlerin yargısal denetim dışında bırakılması, Anayasa da yer alan temel hak ve özgürlüklerin ve bunların güvencelerinin sözde kalmasına sebep olabilir.

Anayasa, Cumhurbaşkanı’nın devlet başkanı sıfatıyla tek başına yaptığı işlemlerin yargı denetimine bağlı olmadığını; Cumhurbaşkanı’nın yürütme organının başı sıfatıyla yaptığı işlemlerin yargı denetiminde olduğunu düzenlemiştir. HSYK ve YAŞ kararları başta olmak üzere hukuk düzenimizde pek çok yönetsel işlem yargı denetiminin dışında tutulmuştur. Oysa hukukun üstün olduğu düzenlerde, istisnasız tüm devlet tasarruflarının yargının ve hukukun süzgecinden geçmesi gerekir.

³³⁵ Özbudun, a.g.e., s.128

Bunların dışında, Anayasa’da, yasama kısıntısıyla, kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olduğu/ kapatılabileceği belirtilen idari kuruluş ve kararlar şunlardır: YAŞ’ın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma işlemleri (125/3); HSYK kararları (159/4); silahlı kuvvetler mensuplarına verilen disiplin cezaları (129/4); Tahkim Kurulu kararları (59/2); Kamu Görevlileri Hakem Kurulu kararları (53/4); Yüksek Hakem Kurulu kararları (54/4)³³⁶; memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında verilecek uyarma ve kınama cezaları (129/3).

3.2.5. Yargı Bağımsızlığı ve Yargıç Güvencesi

Mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatına ilişkin hükümler 1876 Anayasası ile anayasa hukukumuzda girmiş; ancak, 1961 Anayasası ile tam anlamıyla güvenceye kavuşturulmuştur. 1982 Anayasası bazı değişikliklere rağmen, esas itibarıyla 1961 Anayasası’ndaki düzenlemeyi sürdürmektedir. Fakat, 1961 Anayasası’nın ulaşılmış olduğu düzeyi koruyamamıştır.

Anayasa’nın, yargı yetkisi, kenarbaşlığını taşıyan 9. maddesi: “Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır” demek suretiyle kayıtsız şartsız millete ait olan egemenlik yani “milli irade” ile Yargı’nın iradesini özdeşleştirmektedir. Bu bakımdan anayasal düzenimizde Yargı organı belki, eşitler arasında önde gelenden de öte bir konumdadır.³³⁷

Mahkemelerin bağımsızlığı ile hakimlerin bağımsızlığı Türk anayasa hukukunda eşanlamlı kullanılmaktadır.³³⁸ Mahkemelerin bağımsızlığı kenar başlığının altında, hakimlerin bağımsızlığından söz edilmektedir. 1982 Anayasası’nın “Mahkemelerin bağımsızlığı” başlığını taşıyan 138. maddesi şu hükmü içermektedir: “Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz. Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisi’nde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz,

³³⁶ Nohutçu, a.g.e.,s. 86

³³⁷ İl Han Özay, Günışığında Yönetim, s.61

³³⁸ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.440-441

görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz...”. Böylece yargı bağımsızlığı konusunda genel bir ilke ortaya konulmuş olmaktadır.

Ayrıca, 138. maddenin 1.fıkrasında, Anayasa ve kanunlar dışında hukuktan ayrıca söz edilmesi, “salt kanuncu bir anlayışın benimsenmemiş olduğunu gösterir” niteliktedir. Bu hükme göre, Anayasa yargısı da dahil olmak üzere her düzeydeki yargı, yazılı hukuk kurallarının yanında hukukun genel ilkelerini de dikkate almak zorundadır.³³⁹ Yargıçlar, önüne gelen somut olayı çözerken önce Anayasaya, sonra yasalara ve diğer mevzuata ve hukukun genel ilkelerine uyarlar. Kendi görüş ve inancına aykırı olsa dahi, bunları bir yana bırakıp tek başına vicdani kanaate göre hüküm veremezler. Vicdani kanaat ölçütü, ancak kuralların kesin bir yanıt getirmediği durumlarda ama yine de Anayasaya, yasalara ve hukuka uygun olarak kullanılır. Bunun aksi bir durum ise, yargıç bağımsızlığını, keyfi, sübjektif takdirlere bağlı kılar ki, bu da hukuk devletinin kabul etmediği bir tutumdur. Yargıçlar yasallık ilkesi gereğince Anayasaya, yasaya, hukuka uygun düşen kanılarına göre hüküm kurarlar. Yargıç yasanın üstünde değil içindedir.³⁴⁰

Yargılama Hukuku bakımından diğer önemli ilke de, mahkeme kararlarının bağlayıcılığı ilkesidir. Anayasa'nın 138/son hükmüne göre: Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez. Yargılama fonksiyonunun yaptırım niteliğindeki bu kural, yargılamayı anlamlı hale getiren bir ilkedir.³⁴¹

Mahkemelerin bağımsızlığı kurumsal bir bağımsızlık olmasına karşın, yargıçlık teminatı kişisel bir güvencedir ve Anayasanın farklı bir maddesinde koruma altına alınmıştır.³⁴² Anayasa'nın hakimlik ve savcılık kenarbaşlığını taşıyan 139. maddesine göre: Hakimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksul kılınamaz. Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar,

³³⁹ Gürbüz, a.g.e., s.19

³⁴⁰ Duman, a.g.e., s.75-76

³⁴¹ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.451

³⁴² Sezer; Kırıt; Boyar, a.g.e., s.81-82

görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır.

Anayasanın 140. Maddesi ise, hakim ve savcılarının nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri gibi diğer hususların düzenlenmesini kanunlara bırakmış, ancak bu konuda yapılacak yasal düzenlemelerin, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına uygun olması esası getirilmiştir.

Ayrıca, Anayasamızın 142'nci maddesi uyarınca: Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir. Dayanağı kanun olmayan, kuruluş gerekçesini ve yetkilerini kanundan almayan kişi, kimse ya da organ yargı görevi yapamaz.

1982 Anayasasının 146. maddesine göre: Anayasa Mahkemesi on bir asıl ve dört yedek üyeden kurulur. Cumhurbaşkanı, iki asıl ve iki yedek üyeyi Yargıtay, iki asıl ve bir yedek üyeyi Danıştay, birer asıl üyeyi Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay genel kurullarınca kendi Başkan ve üyeleri arasından üye tamsayılarının salt çoğunluğu ile her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden; bir asıl üyeyi ise Yükseköğretim Kurulu'nun kendi üyesi olmayan Yükseköğretim kurumları öğretim üyeleri içinden göstereceği üç aday arasından; üç asıl ve bir yedek üyeyi üst kademe yöneticileri ile avukatlar arasından seçer.

Yargı bağımsızlığını sağlamak için Anayasamız, "Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nu öngörmüştür" (md.159). Buna göre: Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulur ve görev yapar. Kurulun Başkanı Adalet Bakanı'dır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabii üyesidir. Kurulu üç asıl ve üç yedek üyesi Yargıtay genel Kurulu'nun, iki asıl ve iki yedek üyesi Danıştay Genel Kurulu'nun kendi üyeleri arasından, her üyelik için gösterecekleri üçer aday içinden Cumhurbaşkanınca, dört yıl için seçilir. Süresi biten üyeler yeniden seçilebilirler. Kurul, seçimle gelen asıl üyeleri arasından bir başkanvekili seçer. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu; adli ve idari yargı hakim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma, işlemlerini

yapar. Adalet Bakanlığının, bir mahkemenin veya bir hâkimin veya savcının kadrosunun kaldırılması veya bir mahkemenin yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlar. Ayrıca Anayasa ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirir. Kurul kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz. Kurulun görevlerini yerine getirmesi, seçim ve çalışma usulleriyle itirazların Kurul bünyesinde incelenmesi esasları kanunla düzenlenir. Adalet Bakanlığının merkez kuruluşunda geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hâkim ve savcılarının muvafakatlarını alarak atama yetkisi Adalet Bakanına aittir. Adalet Bakanı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun ilk toplantısında onaya sunulmak üzere, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde hizmetin aksamaması için hâkim ve savcılarını geçici yetki ile görevlendirebilir.

Yargıçların ve savcılarının özlük işleri konusunda karar vermekle görevli Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, bir yandan üyelerinin arasında Adalet Bakanı'nın başkan olması ile Adalet Bakanlığı Müsteşarı'nın doğal üye kabul edilmesi açısından, öte yandan da, Adalet Bakanı'nın sahip olduğu yönetim yetkileri yönünden beklenen ve olması gereken konumda değildir. Ayrıca Kurul kararlarına karşı meslekten çıkarma cezaları dışında yargısal başvuru yapılamaması, yargıçların bağımsızlığını etkilediği gibi, hukuk devleti ilkesine de aykırıdır. Üstelik Kurul üyelerinden kimilerinin Cumhurbaşkanı tarafından doğrudan atanması, mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıçların güvencesi kavramları ile bağdaşmamaktadır.³⁴³

3.2.6. Kanuni İdare (Yasal Yönetim)

İdare hukukunun da dayandığı, İdarenin kanuniliği prensibi ile anlatılmak istenen, yürütmenin Anayasa ve kanunlardan aldığı yetki çerçevesinde işlem yapabilmesidir.³⁴⁴ Buna göre, bir hukuk rejiminde idare, kanunların maksadına ve amacına göre onları uygulamakla görevli olup hiçbir zaman bu maksat ve amaç dışına çıkamaz. Yani idarenin yetkisi, kanunların maksat ve amaçları ile sınırlıdır.³⁴⁵

³⁴³ Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk; a.g.e., s.76-77

³⁴⁴ Sezer; Kırıt; Boyar, a.g.e., s.88

³⁴⁵ Anayasa Mahkemesi, 05.07.1963 tarih E. 1963/170, K. 1963/178

Hukuk devletinin bir gereği olarak, yönetimin; kuruluş, yetki, görev, hak ve sorumluluklarının kanunla düzenlenmesi esastır. 1982 Anayasası'nda bu minvalde ngrlen 8. madde ile, yürütme yetkisi ve görevinin anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği belirtilmiştir. Yani, Anayasa kuralları, yalnız yasama ve yargı organlarını değil, yürütme ve idare makamlarını da bağlayacaktır (md.11). Anayasanın 123'üncü maddesinde ise, idarenin kanun ile düzenleneceği ve kamu tzelkişiliğinin, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulacağı belirtilmiştir.

Memurlar ve diğer kamu görevlileri de anayasaya ve yasalara uygun faaliyette bulunmakla yükümlüdürler (md.129/1). Ayrıca, üstlerinden aldıkları; yönetmelik, tüzük, kanun ya da anayasa hükümlerine aykırı emirlere itiraz etme hak ve ödevine sahiptirler. Ancak, st, emrinde ısrar eder ve yazıyla yenilerse, bu defa emre uyulur. Lakin bundan sorumlu olunmaz. Konusu suç oluşturan emirler ise hiçbir şekilde yerine getirilmez ve bunlardan sorumlu olunur (md.137). Bu da hukuk devletinin teminatını sağlayan bir maddedir.

1982 Anayasası, 1961 Anayasası'ndan farklı olarak yürütmeye sadece görev yklememiş aynı zamanda yetki de vermiştir. 1961 Anayasası'nın "Yürütme Görevi" kenarbaşlıklı 6'ıncı maddesine karşın 1982 Anayasası'nın 8. maddesi "Yürütme yetkisi ve görevi" başlığı altında düzenlenmiştir. İlk bakışta, iki madde arasındaki fark, 1982 Anayasası'nın idarenin yasallığı ilkesinden uzaklaşıldığı intibası bıraksa da, esasında 1982 Anayasası'nda, "kanuni idare" ilkesinin aynısıyla korunduğunu söyleyebiliriz. Bu noktada asıl mesele, idarenin kanun olmadan da "ilkel, genel, özgün ve birincil nitelikli" düzenleme yetkisine sahip olup olmadığıdır. Zira, yetki kelimesi, "zgn, birincil ve kendine özgü" bir kaynaktan ortaya çıkan bir serbestliği içerir. Bu durumda ise, idarenin yasallığından, kanunla düzenlenmesi gerekliliğinden "kanun olmayan yerde idare yoktur" prensibinden ve aynı zamanda, idarenin "ikincil, türevsel ve bağlı düzenleme" yetkisinden uzaklaşmış oluruz. Böylece, uygulamada da, kanun emretmese de, öngörmese de, kendisine yetki vermese de, idarenin kendiliğinden düzenleyici işlemler (tüzükler ve yönetmelikler) yapabileceği ortaya çıkabilir. Halbuki, Anayasanın tanıdığı belli istisnai haller dışında, yürütmenin genel ve birincil düzenleme yetkisinin bulunduğunu kabul etmek mümkün değildir.

Böyle bir durum ilk önce yasama yetkisinin devrini yasaklayan 1982 Anayasasının 7’nci maddesine aykırı olacaktır.

Yani, 1982 Anayasasında da idare (yürütme) “*genel ve asli bir düzenleme yetkisine haiz değildir*”. Dolayısıyla, herhangi bir kanundan kaynaklanmayan, kanunun açıkça sınırlarını çizmediği ve yetki vermediği konularda düzenleme yapamaz. Aksi halde, hukuk devleti ilkesine de aykırı düşecektir.³⁴⁶

Anayasanın yürütmeye alakalı bazı maddelerinde (md.123,126,127,128) de yürütmenin asli düzenleme yetkisinin olmadığı görülmektedir. İdarenin düzenleyici işlemleriyle alakalı Anayasa hükümleri, daha önceki bir kanuni düzenlemeden de bahseder. Tüzükler, kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere (md.115); yönetmelikler, kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere (md.124) çıkarılırlar. Yani, daha evvelen, yasayla düzenlenmemiş bir alanda tüzük ya da yönetmelik çıkarılması mümkün değildir. Kanun hükmünde kararnamelerin çıkarılabilmesi ise, amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılamayacağını gösteren bir yetki kanununa bağlıdır (md.91). Öyle ki, anayasada yer alan *üç düzenleyici işlem (tüzük-yönetmelik-KHK)* türünden hiçbirisi, asli bir düzenleme yetkisinin aracı olarak kullanılamaz.³⁴⁷

Anayasa Mahkemesine göre de yürütmenin sahip olduğu yetki, Anayasa’nın 73, 121, 122 ve 167’nci maddelerindeki *ayrık (istisnai) durumlar*la sınırlıdır. Bunlar dışında, yürütmenin, tüzük ve yönetmelik çıkarmak gibi klasik düzenleme yetkisi, idarenin kanuniliği ilkesi çerçevesinde sınırlı ve tamamlayıcı bir yetki durumundadır.³⁴⁸

Ayrık (istisnai) durum olarak, sıkıyönetim ve olağanüstü durumlarda kanuni idare ilkesinden uzaklaşılmasına izin verilmiştir. 1982 Anayasası’nın 121/3’üncü ve 122/2’nci maddelerinde, Cumhurbaşkanı’nın başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu’nun sıkıyönetimin ya da olağanüstü durumun gerekli kıldığı konularda kanun hükmünde kararnameler çıkarabileceği belirtilmektedir.

³⁴⁶ Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk; a.g.e., s.74

³⁴⁷ Özbudun, a.g.e., s.193

³⁴⁸ Özbudun, a.g.e., s.194

3.2.7. Hukukun Genel İlkelerinin Geçerliliği/ Hukukun Genel İlkelerine Bağlılık

1982 Anayasası’da, 1961 Anayasası’nda olduğu gibi hukukun genel ilkelerinden doğrudan doğruya söz etmemiştir. 1982 Anayasası’nın 138’inci maddesinde, bu ilkelerin hakim tarafından bir hukuk kaynağı olarak kullanılabileceğini ima edilmiştir. Buna göre: “hakimler... Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler”. Böylece salt kanuncu anlayışın dışına çıkılarak, Anayasa ve kanun haricinde “hukuk”tan bilhassa bahsedilmiştir. Bu hükümle esasında, hakimlerin yazılı hukuk kurallarının dışında, hukukun genel ilkelerini de dikkate alması gerektiği belirtilmiştir. Keza, bu madde de “hukuk” kelimesi kullanılmamış olsa dahi, Anayasa da geçen hukuk devleti kavramının bir gereği olarak da, hukukun genel ilkelerinin uygulanması mümkündür.³⁴⁹ Nitekim, Hukuk devletinde, idarenin tüm faaliyetleri “hukukun genel ilkelerine uygun” yürütülür.

Anayasa Mahkemesi de, hukukun genel ilkelerini ölçü-norm kabul ederek, Anayasaya uygunluk denetiminde kullanmaktadır. Ve dahi, bu ilkelerin Anayasa hükümlerinden evvel geldiği yönünde ifadeler de kullanmıştır. “Hukuk devletin, Anayasa’nın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkelere uygun olması gerekir”³⁵⁰, başka birtakım kararlarında da denetim konusu olan kuralın, anayasa ilkelerine ve bu ilkelerin dayandığı üstün, genel hukuk kurallarına uygun olup olmadığı³⁵¹ nın araştırılacağı ifade edilmektedir. Gene Anayasa Mahkemesinin diğer bazı kararlarına göre, “hukuk devleti... Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olma, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincine”³⁵² sahip bulunan devlettir.

Anayasa Mahkemesinin kararlarında “dayandığı genel hukuk ilkelerinin bazıları” şu şekildedir: “İyi niyet, ahde vefa, kazanılmış haklara saygı, kanunların geriye yürümezliği, kesin hükme saygı, devlete (ve kanunlarına) güven, özel kural-genel

³⁴⁹ Özbudun, a.g.e., s.131

³⁵⁰ E. 1963/116, 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

³⁵¹ E. 1987/30, K. 1988/5, k.t. 15.3.1988, AMKD, Sayı 24, s.77

³⁵² E. 1985/31, K. 1986/11, k.t. 27.3.1986, AMKD, Sayı 22, s.120

kural çatışmasında özel kuralın uygulanması.” Bunlar arasında ise, kazanılmış haklara saygı ilkesinin özel bir yeri vardır. Anayasamızda bulunmayan bu ilkeyi, Anayasa Mahkemesi, hukuk devletinin bir gereği olarak görmüştür.³⁵³

3.2.8. İdarenin Mali Sorumluluğu

1982 Anayasası’nın 125’inci maddesi ile idarenin mali sorumluluğu (...İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür) kabul edilmiştir. Yine Anayasa’nın, temel hak ve hürriyetlerin korunması başlıklı 40. maddesinin son fıkrasında; “Kişinin, resmi görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.” hükmü yer almıştır. 1982 Anayasası’nın 129. maddesine göre ise, memurların ve diğer kamu görevlilerinin, yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine... açılabilir. Böylece, yönetsel ve yürütsel eylem ve işlemlere karşı bireyin korunması amaçlanmıştır.

3.2.9. Adil Yargılanma Hakkı, Herkesin Hak Arama Özgürlüğüne Sahip Olması/ Ceza Sorumluluğunun İlkeleri

1982 Anayasası, temel hak ve özgürlükler bölümünde, “Hakların korunması ile ilgili hükümler” arasında, “Hak arama hürriyeti” kenar başlıklı 36. maddesi ile herkesin “...meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına...” sahip olduğu düzenlenmiş ve bu haklar anayasal güvence altına alınmıştır.

Adil yargılanma ilkesi, hukuk devletinin kişileri en çok ilgilendiren yönüdür. Anayasa herkesin hak arama hürriyetini, iddia ve savunma haklarını tanımış; mahkemelerin, görevlerine giren davalara bakmaktan kaçınamayacaklarını

³⁵³ Özbudun, a.g.e., s.132

bildirmiştir.³⁵⁴ Bu noktada, 37. madde de düzenlenen kanuni hakim güvencesi de önem arzeder. Tabi yargı ilkesi de denilen kanuni hakim güvencesine göre, uyuşmazlığı yargılayacak olan mahkemenin, o uyuşmazlığın doğmasından önce kanunen belli olması gerekir.³⁵⁵ Böylece, hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamayacak ve olağanüstü yargı mercileri kurulamayacaktır.

1982 Anayasası, suç ve cezalarla yargılama hukukuna ilişkin bazı ilkelere de yer vererek, bunları anayasal güvence altına almıştır. İnsan hakları ve hukuk devleti yolunda büyük mücadeleler ile kazanılan ve günümüz ceza hukukunun temel esasları sayılan suç ve cezalara ilişkin ilkelerin bazıları anayasanın 38.maddesinde yer almıştır.³⁵⁶ Türk Ceza Kanunu’nun da 2. maddesinde yer alan, suç ve cezaların yasallığı ilkesine göre: 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. Bu ilke; suçun, yani ne gibi eylemlerin yasaklandığının belirtilmesini ve buna göre suçun karşılığı verilecek cezanın kanun tarafından tespit edilmesini öngörür. Kişinin, yasak eylemleri ve bunlara verilecek cezaları, suç işlemekten önce bilmesi, yani bu belirlemelerin suçun işlenmesinden önce kanunlarda yer alması gerekir. Bu ilke hukuk devletinin ve temel hak ve özgürlüklerin güvencesidir.³⁵⁷ Ayrıca, masumluk karinesi gereğince, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz. “...Ceza sorumluluğu şahsidir...Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur...İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir yaptırım uygulayamaz...”

Yargılama hukukuna ilişkin temel ilkelerden olan “duruşmaların açık kararların gerekçeli olması” da önemlidir. 1982 Anayasanın 141. maddesine göre: Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ise, ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir... Mahkemelerde kural olarak

³⁵⁴ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.102

³⁵⁵ Gürbüz, a.g.e., s.19

³⁵⁶ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.451

³⁵⁷ Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk; a.g.e., s.85

duruşmaların herkese açık olması (aleniyet) yargılamada şeffaflık ve saydamlığı sağlamak içindir.³⁵⁸

3.2.10. Kanun Önünde Eşitlik

Hukuk kuralları hazırlanırken ve uygulanırken, durumları birbirine benzeyen, bireyler, haklı nedenler bulunmadıkça; dil, ırk, renk, cinsiyet ,siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlerle ayrı işleme bağlı tutulamazlar. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde yasa önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar. Hukukun temel ilkeleri arasında yer alan eşitlik ilkesine Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilmiştir ve bununla; hukuk kuralı önünde eşitlik, hukuk kuralında eşitlik ve hukuk kuralıyla eşitliğin sağlanması, güvence altına alınmıştır.³⁵⁹

Anayasa'nın 10. maddesinde öngörölen eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere kanun karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır.³⁶⁰ Yasa önünde eşitlik herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Ancak, kimilerinin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörölen nedenlerle, değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Durum ve konumlarındaki özellikler kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörölen eşitlik ilkesi zedelenmez.³⁶¹

3.3. 16 Nisan 2017 Değişikliklerin Hukuk Devleti Açısından Değeri

³⁵⁸ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.451

³⁵⁹ Duman, a.g.e., s.448

³⁶⁰ Anayasa Mahkemesi, 08.12.2015 tarih ve E.2014/82, K.2015/112

³⁶¹ Anayasa Mahkemesi, Esas Sayısı : 1996/9, Karar Sayısı : 1996/21, K. 20.6.1996

Çalışmamızın kapsamı sebebiyle sadece, yapılan değişikliklerin hukuk devletinin Türkiye’deki gelişimi üzerinde etkili olan maddelerine kısaca değinmekle yetineceğiz. Hükümet sistemini büsbütün değiştiren ve geniş kapsamlı değişiklikleri içeren 6771 sayılı kanunun uzun vadede etkilerini görmeden keskin ve kesin ifadelerle onu değerlendirmek şu an için gerçekçi ve isabetli tespitler yapmamıza engel teşkil edecektir. Anayasaya konulan hükümlerin uygulamadaki yansımalarını görmek gereklidir. Zira Hukuk devleti bir an da ortaya çıkan bir oluşum değil, bir süreçtir.

TBMM Anayasa Komisyonu’nun, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun Gerekçesinde, 1961 ve 1982 Anayasaları’nın “...millete, milli iradeye ve seçimle oluşan iktidara güvensizlik üzerine...” inşa edildiği; “...seçimle oluşan iktidarın yanında seçime ihtiyacı olmayan bir iktidar alanı” açtığı ve “böylece milli iradeye ortak, milli iradeyi kontrol eden bir vesayet sistemi” oluşturulduğu belirtilmiştir.³⁶²

Yine aynı Rapora göre, siyasal tarihimiz: “..., yürürlükteki anayasaların tercih ettiği hükümet sistemlerinin, beklenen kamusal faydayı istenen düzeyde sağlayamadığını, ...istikrarsızlıkların, krizlerin ve vesayetlerin önünde mutlak bir güvence oluşturamadığını ve özellikle 1982 Anayasası’nın, ...saf-parlamentar sistem yerine, Cumhurbaşkanı ve güçlü yürütme ekseninde konumlanan bir yapı kurduğunu” belirtmiştir.³⁶³

TBMM Genel Kurulu tarafından 21 Ocak 2017 tarihinde kabul edilen 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 16 Nisan 2017 tarihinde gerçekleştirilen halkoylamasında %51.41 “Evet” oyuyla kabul edilmiştir.³⁶⁴ Böylece, Cumhuriyet tarihimizin 7. Referandumuyla, 16 Nisan 2017’de parlamenter hükümet modelinden *Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine* geçilmesi kabul edilerek, yapılan değişikliklerin üç aşamalı olarak yürürlüğe girmesi

³⁶² TBMM Anayasa Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi: 26, Yasama Yılı: 2, sıra sayısı: 447, s.10

³⁶³ TBMM Anayasa Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi: 26, Yasama Yılı: 2, sıra sayısı: 447, s.11

³⁶⁴ Ahmet Nohutçu, 1982 Anayasası: 16 Nisan 2017 Referandumundan Sonra, Savaş Yayınevi, Ankara, 1.Baskı, Haziran 2017, s.3

öngörülmüştür. Nihai olarak, 24 Haziran 2018 Cumhurbaşkanı ve TBMM seçimleriyle değişikliklerin tamamı yürürlüğe girmiştir.³⁶⁵

1982 Anayasası'nda günümüze kadar yapılan 19 değişiklikten en kapsamlısı, 16 Nisan 2017 değişikliğidir. Bu değişiklik ile, 1982 Anayasası'nın 18 maddesi değiştirilmiş, 16 maddesi tamamen kaldırılmış, toplamda ise 70 değişiklik yapılmıştır.³⁶⁶

8.madde de yapılan değişiklikle, Yürütme yetkisi ve görevi sadece Cumhurbaşkanına verilmiş ve Bakanlar Kurulu ifadesi metinden çıkarılmıştır. Bakanlar Kurulu ve tüzük dahil Bakanlar Kurulu'nun tüm işlem karar ve kararnameleri ile birlikte kanun hükmünde kararnameler (KHK'lar) kaldırılmış, Dolayısıyla artık yasama fonksiyonunun devredilmezliğinin bir istisnasında kalmamıştır.³⁶⁷ Bakanlar Kurulunun ve işlemlerinin, dolayısıyla bunlardan biri olan "tüzüklerin" kaldırılmasından ötürü, artık "tüzük" ibaresi "*Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*" olarak değişmiştir.

Yönetmelikleri düzenleyen 124. Madde de “Başbakanlık” ibaresi yerine “Cumhurbaşkanı”; “tüzükler” ibaresi yerine “Cumhurbaşkanlığı kararnameleri” ibaresi getirilmiştir. Buna göre: Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler.

Anayasa'da yer alan, yürütme görev ve yetkilerini düzenleyen 104. Maddeye göre: Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler

³⁶⁵ Ahmet Nohutçu, Anayasa Hukuku & Vatandaşlık: 24 Haziran 2018 Değişiklikleri Sonrası, Savaş Yayınevi, Ankara, 1.Baskı, Haziran 2018, s.3

³⁶⁶ Nohutçu, a.g.e., s.3

³⁶⁷ Ahmet Nohutçu, Kanunname: Anayasa Hukuku, s. 189

bulunması halinde kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin aynı konuda kanun çıkarması durumunda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir. Cumhurbaşkanı, kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilir.

Böylece, cumhurbaşkanına, yürütme yetkisine ilişkin konularda yeni ve çok geniş içerik ve kapsamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarma yetkisi verilmiştir. ancak anayasada düzenlenen temel hak ve özgürlüklerden sosyal ve ekonomik hak ve ödevler ile ilgili çıkarılabilen Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda ve kanunda açıkça düzenlenen konularda çıkarılamayacağı öngörülmektedir.³⁶⁸

Cumhurbaşkanı “*devlet başkanı*” sıfatını kazanmıştır. Cumhurbaşkanı kendi yardımcılarını ile bakanları atayıp, görevlerine son verebilecektir. Üst kademe kamu yöneticilerini atayıp görevlerine son verme yetkisine sahiptir (md.104).

1982 Anayasası, yürütmeyi hem görev hem de yetki olarak düzenlemişti. Yürürlüğe giren anayasa değişikliklerinden sonra, cumhurbaşkanına tanınan yetkilerin kapsamı, sınırları ve içeriği oldukça genişletilmiş olan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile ilk defa getirilen Olağanüstü Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri 1982 Anayasası'nda yürütmenin yetkilendirilmesinin iki önemli göstergesi olmuştur.

Daha önce 1982 Anayasası'nın 125. maddesine göre, Cumhurbaşkanı'nın tek başına yaptığı işlemlere karşı yargı yolu kapalıydı ve yasama kısıntıları kapsamında hiçbir biçimde dava açılmıyordu. Yapılan değişiklik, yürütme yetki ve görevini tek başına kullanan Cumhurbaşkanı'nın Olağanüstü Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri dışındaki tüm işlemlerine karşı yargı yolu açılmıştır.

Yapılan değişiklikler kapsamında “Kamu tüzel kişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle kurulur” olarak değişen anayasanın 123 maddesinin son fıkrasının, yasama fonksiyonunun genelliğine istisna teşkil etmeyeceğine dikkat çekmek gerekir. Çünkü burada idari kurumlar olan kamu tüzel kişileri sadece Cumhurbaşkanlığı kararnamesine özgülenmemekte ayrı ayrı hem TBMM'nin hem de Cumhurbaşkanı'nın düzenleme yetkilerine bırakılmaktadır.

³⁶⁸ Nohutçu, a.g.e., s.186

Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebilmesi yolu açılan sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler de kanunla düzenlenebilmeleri mümkün olduğu için, bu kapsam ve çerçevede değerlendirmek mümkündür.³⁶⁹

Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini düzenleyen 148. maddesinin birinci fıkrasından *sıkıyönetim* çıkarılarak, *kanun hükmünde kararnamelerin* ibarelerinin yerine de *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin* ibaresi konulmuştur. Buna göre: Anayasa Mahkemesi, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Ancak, olağanüstü hallerde ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.

2010 anayasa değişikliği ile yapısı değişen Anayasa Mahkemesi'nin yapısı, 6771 sayılı anayasa değişikliği kanunu ile birlikte, tekrar değişmiştir. Bu bağlamda: Anayasa Mahkemesi 12'si Cumhurbaşkanı, 3'ü de TBMM tarafından seçilen 15 üyeden kurulur. Bir Yüksek Mahkeme olan Anayasa Mahkemesi, Anayasa da diğer yüksek mahkemelerden farklı ve özel bir statüde ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi daha önce kanun hükmünde kararnameleri denetliyorken, bu son değişikliklerle birlikte yeni gelen olağan Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin anayasaya uygunluğunu denetlemeye başlamıştır. “Ancak olağanüstü hallerde ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından anayasaya aykırılığı iddiasıyla, anayasa mahkemesinde dava açılmayacağı unutulmamalıdır”.³⁷⁰

TBMM bir kanunu ilk kabulünde asgari kabul yeter sayısı olan üye tam sayısının 1/4'inin bir fazlasından (151 milletvekilinin oyundan) az olmamak kaydıyla katılanların Salt (basit) çoğunluğu ile kabul edebilirken, kanununun Cumhurbaşkanı tarafından TBMM'ye iadesi halinde, 24 Haziran 2018 tarihinden sonra yürürlüğe giren anayasa değişiklikleri sonrasında ancak üye tam sayısının Salt çoğunluğu, yani nitelikli Salt çoğunluk olan en az 301 milletvekilinin oyu ile kabul edebilecektir.

³⁶⁹ Nohutçu, a.g.e.,s.186 187

³⁷⁰ Nohutçu, a.g.e., s.358

Dolayısıyla artık anayasal sistemimizde Cumhurbaşkanının bir kanunu geri göndermesi hem geciktirici veto hem de güçleştirici veto beraberce yer almaya başlamıştır.³⁷¹

Anayasanın “iptal davası” kenarbaşlıklı 150. maddesi ise şu şekilde değişmiştir: Kanunların, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri’nin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanına, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir.

Devlet Denetleme Kurulunu düzenleyen 108. maddenin birinci fıkrasında, inceleme ibaresinden önce gelmek üzere idari soruşturma ibaresi eklenmiştir. Buna göre: İdarenin hukuka uygunluğunun, düzenli ve verimli şekilde yürütülmesinin ve geliştirilmesinin sağlanması amacıyla, Cumhurbaşkanlığına bağlı olarak kurulan Devlet Denetleme Kurulu, Cumhurbaşkanının isteği üzerine, tüm kamu kurum ve kuruluşlarında ve sermayesinin yarısından fazlasına bu kurum ve kuruluşların katıldığı her türlü kuruluştaki, kamu kurumu niteliğinde olan meslek kuruluşlarında, her düzeydeki işçi ve işveren meslek kuruluşlarında, kamuya yararlı derneklerle vakıflarda, her türlü idari soruşturma, inceleme, araştırma ve denetlemeleri yapar.

Anayasa’nın yargı yetkisiyle ilgili 9. maddesine, yargı bağımsızlığının tarafsızlığını da içerdiğini vurgulamak için “*tarafsızlık*” ilkesi eklenmiştir.

³⁷¹ Nohutçu, a.g.e., s.202

SONUÇ

Her ne kadar 1215 Magna Carta, 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi ve İnsan Hakları Evrensel Bildirisi çerçevesinde tanımlanmakta olsa da, esasen hukuk devleti araştırmaları, kuvvetler ayrılığına eserlerinde yer vermiş olan Antik Yunan düşünürü Aristoteles'e kadar götürülebilir. Çünkü hukuk devleti kavramı daha en başta kendisini kavramsal anlamda meydana getiren iki mefhum olarak *hukuk* ve *devlet*'in ayrılıklarını/ başlıklarını kabul etmeyi gerektirir. Nitekim hukukun adaletle olan ilişkisi bu gerekliliğin şahidi durumundadır. Çünkü hukuk kavramının *Hak* kavramıyla olan etimolojik ilişkisi ve Hak'ın en nihayetinde ferdi bir sahipliği ihtiva etmesi, devletin idareden ve bireylerden müteşekkil oluşumunu ve onun içindeki bu tarafların arasındaki ilişkiyi belirler. Bu da, insanın devlet karşısındaki ve devletin insan karşısındaki hak ve sorumluluklarının yasalarla belirlenerek güvence altına alındığı devlet anlamında “Hukuk Devleti” ni var eden ilkeler içinde kuvvetler ayrılığının önemini ifade etmektedir. Şöyle ki, *devlet* daha çok *idareyi*, *hak* da daha çok *bireyleri* çağrıştırırken; hukuk bu ikililer arasındaki ilişkiyi sağlayan işleyişin adıdır. *Adalet* de burada bu işleyişin temel ilkesi konumundadır. İşte bu ilke etrafında devam eden söz konusu işleyiş olarak hukuk; varlığını söylemsel düzlemde anayasalarda ve eylemsel düzlemde de bu anayasaların ve onlara tabi diğer yasal düzenlemelerin uygulanmasında gösterir. Dolayısıyla, hukuk devleti kavramının tarihsel gelişimini ve ona ilişkin temel ilkeleri kısaca işlediğimiz çalışmamızın büyük

bir kısmını da anayasal gelişmelere ayrılması gayet tabiidir. Özel anlamda ise, biz bu çalışmamızda ülkemizin yaşadığı anayasal gelişmeleri inceledik.

Bu bağlamda, anlamış oluyoruz ki hukuk devleti; en temel anlamda temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması ve bunların ancak kanunla sınırlandırılmasını, kuvvetler ayrılığını haiz sınırlandırılmış bir iktidarı gerektirir. Bunun en doğal sonucu olarak, hukuk devletinde yasamanın ve yürütmenin işlemlerinin yargısal denetimi ve bunun gereği olarak da yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi başat konumda olacaktır. Saydığımız bu ilkelerin mevcudiyeti kanuni idareyi yani yasal yönetimi var edecek ve fakat bu yönetim anlayışı da varlığını devam ettirmek için; hukukun genel ilkelerinin geçerliliği, kanun önünde eşitlik ilkesinin benimsenmesi, devlet faaliyetlerinin belirliliği ve idarenin mali sorumluluğu gibi ilkelere gereklilik duyacaktır.

Bu belirlemeler çerçevesinde Türk anayasal gelişmelerine baktığımızda, bu anlamda ilk gelişmenin Sened-i İttifak olduğunu görüyoruz. Sened-i İttifak, Türk anayasal gelişmelerinde her ne kadar ilk hareket yahut ilk adım olarak görülüyor olsa da, bunun aslında anayasal bir gelişmeden ziyade padişahın başkalarını, yani ayanları muhatap aldığı bir resmi belge olarak okumak daha doğru olacaktır. Zira Sened-i İttifak ile ayanların sorumlulukları yazı ile kayıt altına alınmışken, padişahın ayanlara tanıdığı güvenceler sözlü boyutta kalmıştır.

Gülhane Hattı Hümayunu ya da bir diğer adıyla Tanzimat Fermanı ise, padişahın tek yanlı irade ile kendi kendisini sınırladığı bir ferman, bir buyruk durumundadır. Burada şeriatçı ve gelenekçi anlayış sürdürülmeye devam edildiği halde, idarenin yeniden düzenlenmesi amaçlanmıştır. Ancak, eşyanın doğası gereği, gelenekçi anlayış ile modern kurumlar arasındaki gerilimde bir ikilik meydana gelmiştir.

Bahsi geçen bu ikilik Islahat Fermanı ile de henüz bir birliğe dönüştürülemeyecektir. Çünkü, Islahat Fermanı’da en nihayetinde padişahın tek yanlı irade açıklaması biçimindedir. Burada ancak, gayrimüslimlerin durumlarını iyileştirmek amacıyla bir takım düzenlemeler tanımlanmıştır. Ve dolayısıyla, tüm vatandaşları kapsayan; halk iradesine dayanan, birey haklarını esas alan ve devlet başkanının yetkilerini sınırlandıran evrensel anlamda bir anayasa rejimi sahneye çıkmak için 20 yıl daha bekleyecekti.

1876 yılında I.Meşrutiyet döneminin başlatıcısı olan Kanun-i Esasi, Türk anayasal gelişmelerinde gerçek anlamda ilk sıçrayış hamlesidir. Çünkü Kanun-i Esasi’de, ilk defa klasik esaslara uygun olarak ve geniş bir liste halinde kişi hak ve hürriyetlerine yer verilmiştir. Bunlar; kişi güvenliği, ibadet hürriyet, basın hürriyeti, dilekçe hakkı, konut dokunulmazlığı, eğitim hürriyeti, kanun önünde eşitlik, devlet hizmetlerine alınmada eşitlik, mülkiyet hakkı, angarya ve işkencenin yasaklanması, tabii hakim ilkesi ve kanunsuz vergi konulmayacağı ilkesidir. Yine de tüm bu temel hak ve özgürlükler, Kanun-i Esasi’nin 113. maddesinde yer alan, hükümdarın, re’sen bir kimsenin siyasal suçlu veya siyasal yönden mahzurlu olduğuna karar verebileceği ve onu doğrudan sürgün cezasına çarptırılabilceği hükmü ile, şüphesiz zedelenmekteydi. Zaten, Kanun-i Esasi devletin teokratik ve monarşik yapısını da korumakta ve “Heyet-i Ayan ile Heyet-i Mebusan olmak üzere iki meclisten oluşan bir parlamento” öngörmesine rağmen, yürütme erkini ve kamu gücü yetkilerini hükümdar da toplamaktadır. Hukuk devleti açısından, yukarıda zikredilen bu durumlardan daha vahim olan ise, yasamanın da hükümdara tabii kılınmış olmasıdır. Dolayısıyla, Kanun-i Esasi bizim anayasal tarihimiz içinde her ne kadar bir ilk sıçrayış konumunda olsa da, onda kuvvetler ayrılığı yokluğu, hakiki anlamda bir hukuk devletinin varlığından söz etmeyi imkansız kılmaktadır.

II. Meşrutiyet dönemi ile Kanun-i Esasi’de yapılan değişiklikler, yukarıda bahsedilen durumun giderilmesini/ değiştirilmesini amaçlıyordu. Yani, bu anlamda, 1909 yılında yapılan değişikliklerin *tali değil, esas bir dönüşümü* başlattığı söylenebilir. Zira, 1909’da yapılan değişikliklerle monarşinin gerçek anlamda sınırlandırılması sağlanmıştır. Yapılan değişiklikler genel olarak, hükümdarın yetkilerinin sınırlandırılması ve buna karşılık parlamentonun yetkilerinin genişletilmesi yönünde olmuş; bu bağlamda yasama ve yürütme organları arasında bir denge kurulmuştur. Ancak, 1909’da yapılan değişikliklerde de, hak ve özgürlüklerin yasama organınca düzenlenmesine karşı güvenceler getirilmediğinden ve anayasa ile yasama organına özgürlükleri düzenlemede temas edemeyeceği bir takım yasak alanlar tanımlanmadığından ve bunları denetleyecek bağımsız bir anayasa yargısı öngörülmediğinden, özgürlüklerin gerçek anlamda korunduğu bir durumun varlığı şüphelidir. Bu anlamda, 1909 değişiklikleri de yapıldıktan sonra Kanun-i Esasi hala bir hukuk devletini tanımlamaktan çok, bir “yasa devletini” tanımlar niteliktedir. İşte

bu durum, bize en başta da, kurguladığımız gibi, kuvvetler ayrılığının hukuk devletinin varlığındaki temel rolünü hatırlatmaktadır.

Bütün bu gelişmelerden sonra, Kurtuluş Savaşı'nın ardından kurulmuş olan Millet Meclisi'nin 1921 yılında hazırlayıp yürürlüğe koyduğu Teşkilat-ı Esasiye Kanunu "Hakimiyet bilâ kaydu şart milletindir" şeklindeki 1. maddesi ile kendisinden önceki tüm anayasal belgelerin üzerinde bir hakimiyet anlayışı tanımlamış ve bu anlamda, egemenliğin kişisel ve kutsal sayılan padişahтан alınarak bütüncül anlamda millete verilmesini yasalaştırmıştır. Tabi yine de, bu kanunun yasama ve yürütme kuvvetlerini tek bir elde toplamış olması, onun hukuk devleti açısından konumunu sorgulamamıza sebebiyet verecek niteliktedir.

1921 Anayasası'nda birlikte tanımlanan yasama ve yürütme organları, yine birlikte tanımlanıyor olmakla birlikte; 1924 Anayasası'nın hukuk devleti anlayışı çerçevesinde önemli kılan nokta, bu Anayasa'nın 8. Maddesinde tanımlanan; yargı hakkının millet adına usul ve kanuna göre bağımsız mahkemeler tarafından kullanılacağı ifadesiydi. Dolayısıyla burada yasama, yürütme ve yargının üçünün de birbirlerinden bağımsızlıkları anlamında bir kuvvetler ayrılığından bahsedilemeyecek olsa da, yargı diğer iki erketen ayrı olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla diyebiliriz ki, yargı ile devletin ya da idarenin ayrı tanımlandığı bu anayasa ile Türk anayasal gelişmeleri içinde, nihayet hukuk devleti mertebesine erişilmiş görülmektedir.

Bahsedilen mertebeye erişildikten 35 yıl sonra, 1960 yılında gerçekleştirilen askeri müdahale, kartların yeniden karılmasına sebep olacaktır. Bu anlamda, darbe anayasası olarak nitelenen 1961 Anayasası tanımladığı hak ve özgürlükler bağlamında, *özgürlükçü* ve *demokratik* bir anayasa olarak tanımlanabileceği gibi, bir yandan da askeri müdahale ürünü olması ve bir takım yeni kurumlar vasıtasıyla vesayetçi bir yönetim anlayışı kurgulaması bağlamında, ilk görüşün tam aksine *kısıtlayıcı* ve *antidemokratik* olarak da okunabilmektedir. Çünkü, her ne kadar anayasa, içinde bireysel hak ve özgürlüklere geniş bir alan tanımlanmış olsa da, özellikle istişari nitelikte olan ve anayasal bir organ olarak tanımlanan Milli Güvenlik Kurulu dönemin siyasi konjonktürü ve uygulamada milli güvenlik kavramının geniş yorumlanması sebebiyle, tanımlanan hak ve özgürlüklerin kısıtlanabilmesini öngörmesi bağlamında sorgulanabilir mahiyettedir. Buna karşın,

yine aynı Anayasa ile, *Anayasa Mahkemesi*'nin kurulmuş olması, temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınmasını sağlamıştır. Dolayısıyla 1961 Anayasası gerek hazırlanış biçimi gerekse tanımladığı yeni kurumlar açısından hala anayasa tartışmalarının odağında yer almaya devam etmektedir.

Nitekim, 1982 yılında yine bir askeri müdahalenin ertesinde hazırlanacak yeni anayasaya kadar, 1961 Anayasası üzerinde bir takım değişiklikler yapılacak ve bu değişikliklerle, ilk başta tanımlanan temel hak ve özgürlüklerde de bir takım sınırlandırmalara gidilecektir. Bu anlamda, sıkça dile getirildiği üzere, “*Türkiye’ye bol geldiği*” düşünülen ve bir takım müdahalelere maruz kalan bu anayasa, zamanla işlerliğini yitirerek, bir anlamda ilk olarak 1980 öncesi yaşanan olayların, sonrasında da 1980 askeri müdahalesinin sebebi olarak nitelendirilmiştir. Deyimi yerindeyse vatandaşlara önce geniş hak ve özgürlükler tanımlanmış ve fakat daha sonra yapılan değişikliklerle bu alan daraltılmış ve söz konusu alanın çizgileri dışında kalan bireylerin hak ve özgürlük çerçevesinde gerçekleştirdikleri eylemlerinin meşruiyeti sorgulanır hale gelmiştir.

İşte buraya kadar yaşanan gelişmeler, önce bir darbeyi ve sonra da yeni bir anayasanın yapısı sonucunu doğurmuştur. Bu anlamda 1982 Anayasası bünyesinde, temel hak ve özgürlüklerin düzenlenmesi yönünden, 1961 Anayasası ile şüphesiz özsel anlamda bir farklılığı barındırmaktadır: İki anayasa da, devletin varlığını önkoşul olarak görmesinin yanında, temel hak ve özgürlükler açısından öncelik kişiye verilmiş ve devlet kişilerin özgürleştirilmesi için görevli sayılmıştır. Buna karşın, 1982 Anayasasında öncelik devlete, “devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü”ne verilmiştir. Bu genel kabul gören kaniya rağmen, yine de Anayasa’nın, temel hak ve hürriyetlerin sağlanmasında devlete etkin bir görev yüklediği de görülmektedir. Bu bağlamda, Anayasanın 5. Maddesinde: Kişilerin ve toplumun refahı, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve özgürlüklerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak biçimde sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli koşulları hazırlamaya çalışmak devletin görevi olarak sayılmıştır.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz, devlete yüklenen bu görev bir bakıma 1924 Anayasası'nda yürütmenin kuvvet değil, görev olarak tanımlanması yaklaşımının devamı niteliğinde görülmektedir. Buna rağmen, 1982 Anayasası'nın temel hak ve özgürlükler bakımından bir geri dönüş olarak nitelendirilmesinin sebebi, belki de onun, bu hak ve hürriyetleri yalnız kişi-devlet ilişkilerinde değil, kişilerarası ilişkilerde de uygulanabilir öngörmesidir. Yani, denilebilir ki, 1982 Anayasası, kişi karşısında idarenin durumunu belirleyen bir hukuk anlayışından, yargının kişilerarasındaki olaylara odaklandığı bir hukuk anlayışına dönüşümü içermektedir. Yargının rolü üzerinde gerçekleşen bu dönüşümün de yardımıyla, erkler ayrılığında yürütme organının üstün tutulduğu da söylenebilir. Nitekim, başta Cumhurbaşkanı olmak üzere, yürütme organının yetkileri 1982 Anayasası ile arttırılmış ve yine bu anayasa ile yürütme organı yargı karşısında avantajlı duruma getirilmiştir.

Yukarıda belirttiğimiz hukukun odağının, idarenin eylemlerinden kişilerarası olaylara kaydırıldığı görüşü Anayasa'nın 125. maddesi ile yanlışlanıyor görülmektedir. Buna göre Anayasa; yönetimin hukuka uygunluğunu sağlamak için, idarenin tüm eylem ve işlemlerini yargı denetimine tabi kılmakta ve bu denetimi sağlayacak bir yargı mekanizması kurmaktadır. Yine de, idari yargının yerindenlik denetimi yapamayacağı, sadece kanunilik veya hukuka uygunluk denetimi yapabileceği hükmü; kanunun idareye takdir yetkisi tanıdığı durumlarda, idarenin yasa çerçevesinde kullandığı takdir hakkının yerindeliğinin denetlenmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedir. Dolayısıyla, idari yargı ile kişi karşısında idarenin ne denli sınırlandırıldığı hususu sorgulanabilirliğini hala sürdürmektedir. Buna karşın, yargının bağımsızlığı ve mahkeme kararlarının bağlayıcılığı ilkeleri, bizleri idare karşısında kişiye güçlü bir konumun sağlandığı sonucuna da götürebilir. Çünkü, en nihayetinde Anayasanın 138/son hükmüne göre: Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesi geciktirilemez. İşte bu madde ile, kişi ya da birey yahut vatandaş, devlet ya da İdare yahut yürütme karşısında hukuk devletinin gücü ile hareket edebilmesini sağlamaktadır. Bu anlamda ülkemizde vuku bulan yasal yönetimin (kanuni idarenin); hukukun genel ilkelerine bağlılık, idarenin mali sorumluluğu, adil yargılanma hakkı ve kanun önünde eşitlik ilkeleriyle birlikte, hukuk devleti çerçevesinde

değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Buna rağmen, biz yine de mevcut Anayasa'nın yine bir askeri müdahale ürünü olası gereği irdelenmesi, düzenlenmesi ve hatta bu hususta oydaşıldığı takdirde değiştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Sonuç olarak, gerek 2010 gerekse 2017 senelerinde, 1982 Anayasası üzerinde yapılan değişikliklerle amaçlandığı üzere; daha eşitlikçi, daha özgürlükçü ve daha demokratik bir anayasaya kavuşmamız amacıyla, gerek mevcut anayasanın gerekse de henüz sonuçları tam anlamıyla görülmemiş olan değişikliklerin aklın rehberliğinde sorgulanmasının ve bunun sonuçları eşliğinde hayatlarımızın mümkün olan en iyi Anayasa ile düzenlenmesinin, her birimizin iyi niyet ve gayretlerine muhtaç olduğu kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Abadan, Yavuz, “Amme Hukukunun Konusu ve Öğretim Metodu”, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt XX, sayı 3-4. 1965.

Ağaoğlu, Ahmet, Hukuk-i Esasiye Ders Notları, Hazırlayan: Boğaç Erozan, Koç Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, Mart 2012.

Akad, Mehmet; Dinçkol, Bihterin Vural; Genel Kamu Hukuku; Der Yayınevi, 4.Basım, İstanbul, Ekim 2006.

Akkuş, Selahattin aktaran: Mehmet Akad, Bihterin Vural Dinçkol, Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, Ekim 2006.

Aliefendioğlu, Yılmaz, Türk Anayasa Mahkemesi’nin Hukuk Devleti Anlayışı, derleyen: Hayrettin Ökçesiz, Hukuk Devleti, Afa Yayınları, İstanbul ,Ekim 1998.

Atay, Ender Ethem, Hukuk Başlangıcı, Gazi Kitabevi, 4.Baskı, Ankara, Eylül 2017.

Atay, Ender Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 1.Bası, Ekim 2006.

Chevallier, Jacques, Hukuk Devleti, 1.Baskı, İmaj Yayınevi, çeviren: Ertuğrul Cenk Gürcan, Ankara, Eylül 2010.

Çoban, Ali Rıza, Hukuk devleti: Hukuki Bir ilke, Siyasi Bir ideal, Editörler: Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük, Liberte Yayınları, Ankara, Şubat 2008.

Duman, İlker Hasan, Hukuk Devleti, Şeker Matbaacılık, 2.Baskı, İstanbul, 2003.

Erdoğan, Mustafa, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, 12. Baskı, Ankara, Eylül 2015.

Erdoğan, Mustafa, Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset, 4. Baskı, Liberte Yayınları, Ankara, Mart 2003.

Eryılmaz, Bilal, Tanzimat ve Yönetimde Modernleşme, 4.Baskı, İşaret Yayınları, İstanbul, 2017.

Giritli İsmet, Bilgen Pertev, Akgüner Tayfun, Berk Kahraman, İdare Hukuku, 4.Bası, Der Yayınları, İstanbul, Temmuz 2011.

Gözübüyük A.Şeref ve Tan, Turgut, İdare Hukuku Cilt 1, 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

Gözübüyük, A.Şeref, Yönetim Hukuku, 32.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

Gözübüyük A.Şeref ve Kili, Suna, Türk Anayasa Metinleri, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 2.Bası, Ankara, 1982.

Göze, Ayferi, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, 8.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1998.

Gürbüz, Reşit, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara: Ağustos 2011.

Güriz, Adnan, Hukuk Başlangıcı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 13.Baskı: Haziran 2011.

Hatemi, Hüseyin, Hukuk Devleti Öğretisi, 1. Baskı, İşaret Yayınları, İstanbul, 1989.

İnalcık, Halil, Devlet-i Aliyye, Osmanlı İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar IV, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2019.

İnalcık, Halil, Senedi İttifak ve Gülhane Hattı Hümayunu, Türk Tarih Kurumu, Belleten, XXVIII/109-112, Ankara 1964.

Kaboğlu, İbrahim Ö., Anayasa Yargısı, İmge Kitabevi, Ankara, 4.Baskı, 2018.

Kaboğlu, İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri; Legal Yayıncılık; 9.Bası: İstanbul, Eylül 2014.

Kaboğlu, İbrahim Ö., Türkiye'de Hukuk Devletinin Gelişimi, derleyen: Hayrettin Ökçesiz, Hukuk Devleti, Afa Yayınları, İstanbul ,Ekim 1998.

Kapani, Münici, Kamu Hürriyetleri, 7.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.

Kutlu, Mustafa, Kuvvetler Ayrılığı, Temelleri-Gelişimi, Hukuk Devletinin Kökenleri, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Haziran 2001.

Montesquieu, De l'esprit des lois (Kanunların Ruhu), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, çeviren: Berna Günen, 3.Baskı, İstanbul,2019.

Nohutçu, Ahmet, Kanunname:Anayasa Hukuku, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.

Nohutçu, Ahmet, Devlet Teşkilatı Hukuku, cilt 2, 2.Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2017.

Nohutçu, Ahmet, 1982 Anayasası: 16 Nisan 2017 Referandumundan Sonra, Savaş Yayınevi, Ankara, 1.Baskı, Haziran 2017.

Nohutçu, Ahmet, Anayasa Hukuku & Vatandaşlık: 24 Haziran 2018 Değişiklikleri Sonrası, Savaş Yayınevi, Ankara, 1.Baskı, Haziran 2018.

Okandan Recai, Muaffak Akbay Umumî Âmme Hukuku Dersleri, 1.cilt, Ankara 1948.

Onar Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları 1.cilt, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1960.

Ortaylı, İlber, Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi, Cedit Neşriyat, 4.Baskı, Ankara 2012

Ökçesiz, Hayrettin, Hukuk Devleti, Afa Yayınları, İstanbul ,Ekim 1998.

Özay, İl Han, Devlet, İdari Rejim ve Yargısal Korunma, 3.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.

Özay, İl Han, Günışığında Yönetim, Alfa Yayınları, İstanbul, 1996.

Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, İstanbul, 9.Baskı, 2008.

Sarmaşık, Jale; Giritli, İsmet; Anayasa Hukuku, 2.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, Ekim 2001.

Sezer, Abdullah; Kırıt Emrah; Boyar Oya, Hukuk Devleti, 1. Basım, Toplumsal Katılım ve Gelişim Vakfı, İstanbul 2003.

Soysal, Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 10.Baskı, Gerçek Yayınevi, İstanbul 1993.

Soysal, Mümtaz, Anayasaya Giriş, İmge Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, Kasım 2011.

Tanör, Bülent, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, BDS Yayınları, 3. Bası, İstanbul 1994.

Tanör, Bülent; Yüzbaşıoğlu, Necmi, Türk Anayasa Hukuku: 1982 Anayasasına Göre, Beta Yayıncılık, 9.Bası İstanbul, Eylül 2009.

Tanör, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, Yap Kredi Yayınları, 20.Baskı, İstanbul, Mart 2011.

Tanör, Bülent, İki Anayasa, On iki Levha Yayınları, 5.Baskı, İstanbul, Kasım 2013.

Uygun, Oktay, Demokrasi: Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011.

Wiseman, H.V, "The Myth of Magna Carta" , (Çeviren: Münici Kapani) Ankara Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayınları:210, 1966.

Yüzbaşıoğlu, Necmi, Anayasa Hukuku, Beta Yayıncılık, 1.Baskı İstanbul Ocak 2007.

Makaleler

Akbulut, İlhan, "İnsan Hakları", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 2011.

Balta, Tahsin Bekir; Kubalı, Hüseyin Nail, "Türkiye'de Hukuk Devleti Anlayışı", Milletler Arası Hukuk Derneği.

Civelek, Jale, "1789 Fransız Bildirisi ve 1948 Evrensel İnsan Hakları Bildirisi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası.

Çağıl, Orhan Münil, "Felsefenin Işığında, Hürriyet, Adalet, Hukuk devleti ve Hukuk Kültürü", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XXII, sayı 1-4, 1956

Çelik, Edip, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası.

Erdoğan, Mustafa, "Hukuk Devleti", İslami Araştırmalar Dergisi, Cilt:14, Sayı:2, 2001.

Erdoğan, Mustafa, "Hikmeti Hükümetten Hukuk Devletine Yol Var Mı?" Doğu Batı Dergisi: Hukuk ve Adalet Üstüne, Sayı:13, Kasım-Aralık-Ocak 2000-01.

Günel, H. Yılmaz, "Hukuk Devleti Kavramı", yayımlanmamış makale, 1959.

Honig, Richard, "Hukuk İdesinin Müspet Hukuk İçin Ehemmiyeti", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, çeviri: Yavuz Abadan.

İkinciogulları, Füzulan, "Hukuk Devleti", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, 1997.

İlal, Ersan, Magna Carta, Hukuk Fakültesi Mecmuası.

Kuzu, Burhan, Hukuk Devleti Ve Hukuk Zihniyeti, Akademik Araştırmalar Dergisi, Sayı 11.

Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu Raporu, 24 Eylül 1982.

Özcan, Mehmet Tefik, "Hukuk Devleti: Modern Toplumun Hukuk Aracılığıyla Siyasal Meşruiyeti", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXIV, S.2.

TBMM Anayasa Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi: 26, Yasama Yılı: 2, sıra sayısı: 447.

Tunaya, T.Z., "Mithat Paşa'nın anayasacılık anlayışı", Mithatpaşa semineri (TTK tarafından 1984'te Edirne'de Düzenlenen) tebliğinden, TTK Yayınları, Ankara; aktaran: İlber Ortaylı, Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi, Cedit Neşriyat, 4.Baskı, Ankara 2012.

Türkiye Büyük Millet Meclisi, Genel Kurul Tutanağı, 22. Dönem 3. Yasama Yılı, 37. Birleşim 22 Aralık 2004.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu, (5/7) Temsilciler Meclisi S. Sayısı 35.

Yüce, Turhan Tufan, "Sanığın Savunması ve Korunması Açısından Ceza Soruşturmasının Hümanist İlkeleri", TBB Dergisi, 1989/1.

Yüzbaşıoğlu, Necmi, “Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine”, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, AÜSBF Yayını, C.11, S.1, Mayıs 1994.

İnternet kaynakları

URL 1:

https://tr.wikisource.org/wiki/%C4%B0nsan_ve_Yurtta%C5%9F_Haklar%C4%B1_Bildirisi

URL 2: <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf>

URL 3: <https://www.danistay.gov.tr/upload/avrupainsanhaklarisozlesmesi.pdf>

URL 4: <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1876/1876-1/1876-1-degisiklik.pdf>

URL 5: <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1921/1921ilkmetin/1921-ilkhali.pdf>

URL 6: <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1924-anayasasi>

URL 7: <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1961/1961-ilkhali/1961-sirasayisi.pdf>

Mahkeme kararları

E. 2014/82, K.2015/112, k.t. 08.12.2015, AMKD

E. 1996/9, Karar Sayısı : 1996/21, k.t. 20.6.1996, AMKD

E. 1987/30, K. 1988/5, k.t. 15.3.1988,AMKD, Sayı 24

E. 1985/31, K. 1986/11, k.t. 27.3.1986, AMKD, Sayı 22

E. 1984/14, K.1985/7 k.t. 13.06.1985, AMKD, Sayı 21

E. 1963/116, K. 1964/76, k.t. 22.12.1964, AMKD, Sayı 2

E. 1963/170, K. 1963/178, k.t. 05.07.1963, AMKD

Özgeçmiş

KİŞİSEL BİLGİLER

Adı Soyadı: Özlem Koç

Doğum Yeri ve Yılı : İzmit/ 1989

Elektronik Posta: ozlmkoc@hotmail.com.tr

EĞİTİM

Derece	Kurum	Mezuniyet
Lisans (kendi isteğiyle ayrıldı)	Marmara Üniversitesi, Kamu Yönetimi (Fransızca)	2008-2011
Lisans	Kocaeli Ün., Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi (%30 İng.)	2011-2015
Yüksek Lisans	İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Kamu Yönetimi	2017-