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

ANAYASAL DEVLETTE TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER DÜZENİ

Doktora Tezi

Mahmut GÖKPINAR

Ankara-2016
ANAYASAL DEVLETTE TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER DÜZENİ

Doktora Tezi

Mahmut GÖKPİNAR

DANİŞMAN
Doç. Dr. Bülent ALGAN

Ankara-2016
İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER .................................................................................................................................................. İ
KISALTMALAR .................................................................................................................................................. İV
GİRİŞ .................................................................................................................................................................. 1

BİRİNCİ BÖLÜM
ANAYASAL DEVLET VE UNSURLARI
I. ANAYASAL DEVLET KAVRAMLARI: SINIRLI İKTİDAR ve ANAYASACILIK .................................................. 10
   A. SINIRLI İKTİDAR........................................................................................................................................... 12
   B. ANAYASACILIK ........................................................................................................................................... 16

II. ANAYASAL DEVLETİN UNSURLARI: HUKUK DEVLETİ, KUVVETLER AYRILIĞI ve İNSAN HAKRLARINA DAYALI DEVLET
YAPISI ............................................................................................................................................................. 25
   A. HUKUK DEVLETİ ......................................................................................................................................... 26
      1. Hukuk Devleti Teorisi ............................................................................................................................... 28
         a. Kavramın Terminolojik Kullanımı .......................................................................................................... 28
         b. Hukuk Devletinin Düşünsel Gelişimi .................................................................................................... 33
         c. Hukuk Devleti-Polis Devleti Ayrımı ....................................................................................................... 39
      2. Hukuk Devleti Anlayışları (Maddi-Biçimsel Hukuk Devleti) ................................................................. 47
         a. Biçimsel Hukuk Devleti ........................................................................................................................... 50
            a.1. Adalet ve Meşruluk .............................................................................................................................. 51
            a.2. Hukuksal Güvenlik- Kanunlilik İlkesi ................................................................................................. 52
            a.3. Yargısal Denetim ve Bağımsızlık ..................................................................................................... 60
         b. Maddi Hukuk Devleti ............................................................................................................................... 64
   B. KUVVETLER AYRILIĞI .................................................................................................................................. 76
      1. Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Düşünsel Gelişimi ......................................................................................... 77
      2. Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Hukuksal İçeriği ve Günümüzdeki Anlamı ...... 79
      3. Kuvvetler Ayrılığı Bağlamında Yargı Bağımsızlığı ............................................................................. 88
         a. Bir İlke Olarak Yargı Bağımsızlığı ........................................................................................................ 92
         b. Yürütme Organı Karşısında Bağımsızlık ve Yargıç Teminatı ........................................................... 96
            b.1. Yargıçlık Teminatı ............................................................................................................................ 97
b.2. Yargıçların Hesap Verebilirliği ve Denetimi .......................................... 103  
b.3. Yargı Bağımsızlığı ve Yargısal Kurullar .................................................. 109  
b.4. Mahkeme Üyelerinin Atanması ve Mesleğe Kabul ................................... 120  
b.5. Yargı Bağımsızlığı ve Askeri Mahkemeler .............................................. 123  
b.6. Yargıçların Yargısal Olmayan Görevlere Atanması ve Yargı  
Bağımsızlığı .................................................................................................. 125  
c. Yasama Organı Karşısında Bağımsızlık ................................................................... 128  

C. İNSAN HAKLARINA DAYALI DEVLET YAPISI ............................................... 130  
1. İnsan Hakları- Temel Hak ve Özgürlükler Kavramları ...................................... 130  
2. Anayasa Devlette İnsan Haklarının Rolü ve Önemi ............................................. 133  
3. Anayasa Devletin Temel Hak ve Özgürlükler Anlayışı ........................................ 137  
4. Anayasa Devletinde Egemenliğin Temel Hak ve Özgürlükler Çerçevesinde  
Değişimi ........................................................................................................ 141  

İKİNCİ BÖLÜM  
ANAYASAL DEVLETİN İNSAN HAKLARINA İLİŞKİN ÜSTLENDİĞİ  
FONKSİYONLARIN GÖRÜNÜMÜ, ANAYASAL DEVLETTE ANAYASA  
YARGISININ YERI VE FONKSİYONLARI  

I. DEVLETİN İNSAN HAKLARINA İLİŞKİN ÜSTLENDİĞİ  
FONKSİYONLARIN ANAYASAL DEVLETTEKİ GÖRÜNÜMÜ ............... 157  
A. TANIMA (DÜZENLEME) ............................................................................. 157  
1. Genel Olarak Düzenleme Kavramı ................................................................. 158  
2. Düzenleme Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması .......... 164  
   a. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Yöntem ve Güvenceler .... 166  
      a.1. Yöntem (Kanunla Sınırlama) ............................................................ 166  
      a.2. Ölçülülük İlkesi ............................................................................. 172  
      a.2/1. Genel Olarak Ölçülülük İlkesi ..................................................... 173  
      a.2/2. Ölçülülük İlkesinin Alt İlkeleri (Elverişlilik, Zorunluluk,  
          Orantılılık) .................................................................................. 179  
      a.2/2.i. Elverişlilik ............................................................................ 179  
      a.2/2.ii. Gereklilik (Zorunluluk) ............................................................ 182  
      a.2/2.iii. Orantılılık (Dar Anlamda Ölçülülük) ..................................... 184  
      a.3. Öz Güvencesesi (Öze Dokunma Yasağı) ........................................ 186
a.4. Demokratik Toplum Düzeni Gereklileri

a.5. Olağanüstü Yönetim Usullerinde Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Güvencelerin Varlığı

B. KORUMA

1. Genel Olarak Temel Hak Ve Özgürlüklerin Korunması

2. Ulusal/Uluslararası Koruma Farkı

   a. Uluslararası Korumanın Ortaya Çıktısı

   b. Uluslararası Korumanın Hukuksal Dayanağı

   c. Ulusal Korumanın Anayasal Devlet Bakımdan Önemi

3. Anayasa Devlette Yeni Ulusal Koruma Mekanizmaları

   a. Ombudsman(Kamu Denetçisi)

   b. İnsan Haklarıyla İlgili Komisyon ve Birimler

C. GEREĞİNİ YERİNE GETİRME

II. ANAYASAL DEVLETTE ANAYASA YARGISININ YERİ VE FONKSİYONLARI

A. BİR KAVRAM OLARAK ANAYASA YARGISI

B. ÖZGÜRLÜKLER ÇERÇEVESİNDE ANAYASA YARGISININ MEŞRULUĞU

D. ANAYASAL DEVLETTE ANAYASA YARGISININ FONKSİYONLARI

   1. Kuvvetler Ayrılığı Çerçevesinde Anayasal Dengelerin Korunması

   2. Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması

      a. Anayasayı Temel Hak ve Özgürlükler Lehinde Yorumlamak

      b. Bireysel Başvuruları Kabul Etmek(Anayasa Şikayeti)

SONUÇ

KAYNAKÇA

İNTERNET KAYNAKLARI
KISALTMALAR

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

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

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

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

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

Tez konumuzla ilgili olarak doktrinde, anayasaçılık ve anayasal devlet, hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı, yargı bağımsızlığı, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması ya da sınırlama nedenlerinin müstakil olarak incelenecektir. Meselâne tek bir yönüne odaklanan çeşitli çalışmalar yapılmıştır. Bu çalışmada ise söz konusu bu boyutlar, anayasal devletin temel hak ve özgürlükler düzeni bakımından yerine getirilmiş oldukları fonksiyonlar olçüsünde ele alınarak konu bir bütünlik içinde verilmek istenmiştir. Özellikle de anayasal devleti Avrupa kamu hukukunun bir parçası haline getirmek üzere düzenlenmiş olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) hükümleri ve onu hayata geçiriren Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) içtihatları çerçevesinde karşılaştırmaya dayanan bir metod izlenmiş ve böylelikle temel hak ve özgürlüklerin anayasal devlet düzeninde olması gereken içerik ve form hem teorik olarak hem de uygulamaya yön göstererek şekilde ortaya konmaya çalışılmıştır.

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


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

Anayasanın üstünüğünün, dolayısıyla da anayasal devletin varlığını bir garantörü olarak ortaya çıkan anayasa yargısı, kavramsal boyutunun yanı sıra onun meşruluğunu ile ilgili tartışmalar insan hakları ile ilişkilendirilerek değerlendirilmiştir. Anayasa yargısının özgürlükler bakımından icra edeceğin fonksiyonlarını en üst seviyeye taşınarak anayasal devleti tüm felsefesiyile hayata geçirceği düşünüldüğümüz.
anayasal hakların temel hak ve özgürlükler lehinde yorumlanması, gerek teorik gerekse uygulama bakımından incelenmiştir. Yorum farklarının özellikle siyasi partilerin örgütlenme özgürlükleri ve bireylerin temel tercihleri bakımından hangi sonuçları doğuracağı AYM ve AIHM içtihatları çerçevesinde ve karşılaştırmalı olarak değerlendirilmiştir. Diğer taraftan anayasa yargısunu zirveye taşıyan, bir bakıma bu alandaki yeni anlayışı tek başına özetleme niteliğine sahip olan bireysel başvuru yöntemi de aynı şekilde incelenmiştir.
BİRİNCİ BÖLÜM

ANAYASAL DEVLET VE UNSURLARI

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

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

1 CROZAT Ch, Amme Hukuku Dersleri, Devlet Teorisinin Tarihi, Birinci Kitap, Kısım I, Çev.: Orhan Arsal, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1938, s.15.
2 GİRİTLİ, İsmet/ SARMAŞIK, Jale, Anayasa Hukuku Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2001, s. 27.
5 AKAD, Mehmet/DİNÇKOL, VURAL/ Bihterin, Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul 2009, s. 1.
Ayrıca temel hak ve özgürlülkleri konu alan bir çalışmada devlet önemli bir yere sahiptir. Şöyle ki, devlet, temel hak ve özgürlüklerin hem muhatabı (yükümlüslüğü) hem de garantörüdür. Çünkü devlet, şiddet tekeline sahip olmakla aynı zamanda ülke sınırları içinde geçerli olacak hukuku koyma ve uygulama tekelini de elde etmiş olur. İnsan hakları pozitif hukuk içerisinde yer alıp temel hak ve özgürlükler niteliğini kazandığı anda, devletin haklarının doğasında var olan talepleri yerine getirme yükümlülüğü de ortaya çıkar. Böylece hakların yükümlüslüğü ve garantörü aynı odakta bulunmuş olur. Devlet bir yöニュー insan hakları-temel hak ve özgürlüklerin korunmasında geçmişten günümüze kadar geliştirilmiş en etkili mekanizma iken diğer yöニュー de bunların en güçlü potansiyel ihlalici konumundadır.


---
8 Sancar, (h), s. 123.
arasında bölgesine bir gerilim kaçınılmaz olup bu durum, anayasal düşüncenin başlangıcından beri varlığını devam ettirerek tedir. Söz konusu bu gerilim özellikle devlet iktidarı konusunda daha belirgin bir nitelik kazanmaktadır. Anayasal düşünce'nin esasını, devlet iktidaranın nasıl kullanılacağı temelinde onun sınırlanması oluştururken demokrasinin esasını, iktidaranın kaynağının nereden geldiği ve nasıl el değiştirildiği ile ilgili konular oluşturmuştur.

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

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

14 Ayrıntılı bilgi için bkz. CANIKLIOĞLU DIKMEN, Meltem, Anayasal Devlette Meşruiyet, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 78.
özellikle de devletin egemenlik yetkisinden kaynaklı faaliyetlerinde başvurmuş olduğu yol ve yöntemlerin niteliğini de belirlemektedir.\textsuperscript{16}

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

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

\textsuperscript{16} CANİKLIOĞLU, Meltem, “Çağdaş Demokrasi ve Çağdaş Devlet Üzerine Düşünceler”, İçinde: Prof. Dr. Seyfüllağ EDİS’e Armağan, DEÜHFY, İzmir 2000, s. 97.
\textsuperscript{17} Caniklioğlu, 2000, s. 97.
\textsuperscript{18} HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, “Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışı, Rousseau ve Türk Anayasaları Üzerindeki Etkisi”, AÜHFD, C.52, Sy.4, 2003, s. 72.
olacaktır. 

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

Çeşitli fren ve denge mekanizmalarını ön plana çıkaran, böylelikle siyasal 
iktidari bölmelere ayıran demokrasi anlayışı, temel hak ve özgürlükleri çoğunluğun 
etki alanı dışında taşmaktadır. Anayasal demokrasi; anılan nitelikteki bir toplumsal ve 
siyasal yapı ortaya koyan hukuk sisteminin kurumsallaşması, buna olan 
“demokratik talebin süreklilik kazanması”. 

Anayasacılık da zaten bazı 
durumlarda iktidar olmaktan kaynaklanan yetkilerin çeşitli organlar arasında 
bölünmesi olarak algılanmaktadır. Anayasal devletlerde siyasi iktidar, yasama, 
yürütme ve yargı organları tarafından birlikte kullanılmaktadır. Bir irmağın kollara 
ayrılması durumunda yıkıcı etkisinin azalması örneğinde olduğu gibi siyasal iktidar 
da devlet organları tarafından paylaşılup kamusal güç farklı odaklar tarafından 
kullanıldığında iktidarın mutlak olma niteliği de o ölçüde azalmaktadır.

Diğer taraftan anayasal devlet bağlamında anayasacılık, devlet gücünün 
bireyler aleyhine kullanılması olasılığına karşı bir takım koruma mekanizmalarını 
öngördüğü kadar, siyasi kararları alanlar üzerinde halkın denetimini sağlamayı da 
amaçlamaktadır. İşte bu husus, anayasacılığın demokrasi ile ortak noktalarından 
birini oluşturmaktadır. Şöyle ki; bireyler, özellikle de vatandaşlar; kimin, hangi 
nitelikte siyasi kararlar alacağını belirlemekle birlikte bu kararları daha 
başlangıçta çeşitli yollarla etkileyp değiştirmiş de olmaktadırlar.

Bu amaçla her 
demokratik devletin başta düşünce ve basın özgürlüğü, örgütlenme ve muhalefet 
özgürlüğü olmak üzere tanması gereken çeşitli temel hak ve özgürlükler

---

20 Caniklioğlu, 2000, s.100; Söz konusu nitelikte böylesine bir anayasada, temel hak ve özgürlüklerin 
yer alması dışında, bunlara ilişkin sınırlamanın ancak kanunla yapılması ve kanunların anayasaya 
yuğunluğunun yargusal denetiminin de düzenlenmiş olması gereklidir. Demokrasi tipleri konusundaki 
ayrıntılı bilgi için bkz. TUNÇ, Hasan, “Demokrasi Türleri ve Müzakereci Demokrasi Kavramları”, 
GÜHFY, C.XII, Sy.1-2, 2008, s. 1119.
21 ÇAĞLAR, Bakır, “Hukukla Kavranan Demokrasi ya da Anayasal Demokrasi”, AYD, Sy.10, 1993, 
s. 248.
22 Gönenç, 2007, s. 156.
23 Erdoğan, 2005 (a), s. 26.
bulunmaktadır. Boylelikle devlet gücünün keyfi ve kontrolsüz olması da engellenmiş olmaktadır.

Sonuç olarak şuunu belirtmek gerek ki, birey-devlet ilişkilerinde bireyi koruyup onun temel hak ve özgürlüklerine saygı gösteren, ancak seçimle değiştirilememeyen bir iktidar ne kadar zararlısa; seçimle işbaşına gelen, ancak kendisini seçen çoğunluga güvenerek tercihini farklı yönde kullananları yok sayarak azınlıktan kalanların hak ve özgürlüklerini çiğneyen bir iktidar da o kadar zararlıdır. Bu durumda temel hak ve özgürlükler bakımından ideal bir rejimde, anayasal devlet ve demokratik devlet kurumlarının bir arada ve karşılıklı işbirliği içinde var olmaları gerekir.
bir bakış açısı ve yöntemlere göre çözümlme amacı çerçevesinde hukuk ve siyaseti birbirinden ayırrak özgürlükler bakımından bir güvence oluşturmuştur.

Aslında anayasalar sınırlı kamu gücü düşüncesini hayata geçirmek üzere ortaya çıkmışlardır. Bu husus, bütün anayasaların ortak özelliği olup değişen sınırlandırmanın doası ve derecesidir. Bazen anayasalar, yürütme veya yerel yönetimleri sınırlandıktan; bazen anayasa değişiklikleri ve kanunların, belirli konularda, belirli biçimde, belirli etkiler yaratabilecek şekilde yapılmasını yasaklayarak yasamayı bazen de hak ve özgürlüklerle ilgili aşılması mümkün olan temel ilkeleri belirleyerek yargıyı sınırlamaktadır. Böylelikle anayasa; bütün devletler için kamu gücünün nereye kadar ve nasıl kullanılabileceğinin sınırını tayin etmektede; bu gücü kullanınlara belirlenen hukuksal çerçeve içinde hareket etme yetki, güce ve en önemlisi sorumluluğu getirmektedir. Başka bir ifadeyle anayasa, devletin statüsünü belirlerken aynı zamanda onu etkin ve düzenli olarak sınırlamaktadır.

Devlet iktidarının sınırlanması düşüncesi çok eski çağlara kadar gitmektedir. Anayasal devlette yeni ve farklı olan husus; sınırlamanın amacıdır. Sınırlama tek başına ulaşılması gerekken bir amaç değildir. Önemli olan; anayasada, sınırlamanın özgürlükler yararına olmasını sağlayacak temel ilke ve kurumların somut bir şekilde belirlenmesi; devletin, anılan amacı sağlayacak nitelikte hukuk kuralları içeren, üstün bir bağlayıcı güç sahibi anayasa ile çerçevelemesidir. Bu nedenle herhangi bir devletin anayasaya sahip olması tek başına onun anayasal bir devlet olduğunu da bir karine teşkil etmemekte, ‘anayasal devlet’le ‘anayasalı devlet’
kavramları farklı anlam ve içerikleri taşımaktadır. Anayasa kavramı bu şekilde belirtildikten sonra aşağıda, sınırlı iktidar ve anayasacılık temel kavramları incelemektedir.

A. SINIRLI İKTİDAR


39 Caniklioğlu, 2010, s. 81.
42 POGGİ, Gianfranco, Devlet: Doğası, Gelişimi ve Geleceği, Çev.: Aysun Babacan, İBÜY, İstanbul 2007, s. 24.
45 Şahin, 2011, s. 312.

En katlı mutlakiyet sistemini savunan düşünürler bile, devlet iktidarının hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın faaliyette bulunmasına sıcak bakmamışlardır. Benzer şekilde, iktidarın kaynağı gökyüzüne dayandıranlar da iktidarın kendisinin değil ama yeryüzündeki tezahür şekli olan ıcrasının bir sınır olabileceği ifade etmişlerdir. 

Devlet iktidarının buna bağlı olarak da kamusal nitelikle yetki kullananların keyfi eylem ve işlemlerini engellemeye amaçlı ıdareve fotoğrafı sınırlaması olgusu toplumsal yaşamda temel hak ve özgürlükler bakımından büyük önem taşımaktadır. Iktidarların doğasında sahip oldukları yetkinin kullanımında aşırıya kaçma potansiyeli bulunmaktadır.

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

Diğer taraftan devlet iktidarının sınırlama amacı bireysel hak ve özgürlükler alanını onlar lehine genişletmek olduğunu söz konusu kavramla asıl olarak belirtilmek istenen; soyut bir varlık olan devlet iktidarının sınırlandırılması olmayıp devlet adına yetki kullananların sınırlanmasıdır. Çünkü söz konusu soyut varlık kendini kullanma yetkisine sahip kişilerin eylemleriyle özgürlükler bakımdan somut bir görünüm kazanmaktadır.52

Eskiçağıdan Yeniçağı'a kadar siyasal iktidarın sınırlanılmasıyla ilgili görüşler incelendiğinde, düşünürler tarafından konuya ilgili çeşitli ölçütlerin dile getirildiği; bunlar içinde de en önemlisi kanun olduğu görülmektedir. Kanun, genellikle ‘temel kanun’ olarak anılmıştır. İktidar yetkisini kullananların yetkilerini; bir ilke, bir kural çerçevesinde kullanacaklardır. Herhangi bir kural/ilke bugünkü ifadesiyle anayasada olmaksızın bir toplumu yönetmek mümkün değildir.53

Sınırlama konusunda kendisine en çok vurgu yapılan ikinci ölçüt ise ‘kamu yararı’dır.54 Bu ölçüt zaman zaman, genel yarar, ortak yarar, halkın yararı, toplumun çıkarları gibi kavramlarla da ifade edilmektedir. Buna göre, devlet iktidarını kullananların, gerçekleştirirdikleri faaliyetlerde kişisel düşüncede, menfaat ve öncelikler değil, toplumun yararı hareket noktasını oluşturmaktadır.55

51 Şahin, 2011, s. 337.
52 Şahin, 2011, s. 349.
53 Şahin, 2011, s. 349.
Sinirlamaya ilişkin diğer ölçütler incelendiğinde ise sırasıyla, doğal hukuk ve doğal haklar, adlet kavramları dikkat çekmektedir. Hemen belirtimelidir ki iktidarın sınırlandımasına ilişkin ölçütler içerisinde en etkili olan; daha öncesinde de vurgulandığı üzere yazılı kurallar. Söz konusu bu kurallar ile iktidar, önceden sınırları çizilerek belirgin bir şekilde ortaya konulduğundan, bireylerin hak ve özgürlükleri daha etkin olarak güvenceye kavuşturulmuş olmaktadır.55 Aslında modern devleti karakterize eden en önemli özellik; "iktidar mevkiinin hukukla çerçevelenmiş olmasıdır." Hukukla çerçevelenmiş iktidar olgusunda yer alan hukuk kavramı burjuvazi tarafından, farklı bir konum ve nitelikte değerlendirilerek ‘anayasalı’ olarak ifade edilmiştir. Başka bir ifadeyle, çok eski zamanlardan itibaren sınırli devlet kavramıyla ortaya çıkan düşünce, XVIII. yüzyıl ve sonrasında burjuvazi tarafından iktidarı çerçevelemesi gereken hukukun hem yazılı hem de üstün bir hukuk kuralı ile gerekli olduğu şeklinde değerlendirilerek anayasal nitelik düşünmesine dönüştüştür.57

Başta, kanun kösucu olmak üzere iktidar yetkisi kullanan herkesi bağlayan, uygulanması zorunlu bir devlet hukukunun varlığı58 bizi ‘anayasal devlet’ kavramına ulaştırmaktadır.59 Anayasal devlet, temel hak ve özgürlükler bakımından keyfi bir iktidara alternatif olmak üzere ortaya çıkmış olup, ancak çeşitli düzeylerde iktidar yetkisi kullanımlarının istedikleri zaman ve oranda sınırlandığı bir iktidara tersine, temel hak ve özgürlükler temelinde biçimlenmiş anayasal nitelikte ilke ve kurallara göre sınırlandığı bir iktidarı, devleti anlatmaktadır. Devlet, anayasasını aracılığıyla; egemenlik yetkisi altında bulunan tüm eylem ve işlemlerin temeline kendi hukukunu yerleştirmiştir. Bu anayasa yürürlük olduğu sürece, seçimlerle iş başına gelip halk adına iktidara sahip olanların görev ve yetki çerçevesi önceden belirlenmiştir.

Anayasal devlette sınır iktidarı yaşama geçiren pozitif hukuku ise, anılan nitelikteki

55 Şahin, 2011, s. 350.
56 Savcı, 1957, s. 65.
57 Burjuvazi, sınıfsal çıkarlarını korunmanın en etkin yolumun; siyasal iktidarın sınırlanması olduğunu keşfetmiştir. Burjuvaziye göre, bunu sağlamayı en önemli aracı; normlar hıyerarşisinin en tepesinde olan ve kolay kolay değiştirilememeyen, adına anayasa denen hukuki bir belgedir. Şahin, 2011, s.350.
58 Benzer görüş için bkz. Turhan, 2011 (b), s. 742.
59 Caniklioğlu, 2010, s. 86.
bir anayasa ve anayasanın üstünlüğü ilkesi çerçevesinde bu anayasaya uygun olması sağlanarak çıkarılmış olan kanunlar oluşturulmaktadır.\textsuperscript{60}

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

**B. ANAYASACILIK**

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

\textsuperscript{60} Caniklioğlu, 2010, s. 86.
\textsuperscript{62} Starck, 2005, s. 25.
\textsuperscript{63} Reynolds, 1986, s. 83.
\textsuperscript{64} Gönenç, 1999, s.104.

Böylece XVIII. yüzyılda, Amerikan ve Fransız devrimleri öncesinde, Locke ve Montesquieu tarafından değişik açılardan ele alınarak temelleri atılan ve günümüzde de büyük ölçüde geçirilğini sürdüren anayasal düşünsesine, başka bir ifadeyle sınır ve bölünmüş iktidar fikrine ulaşmıştır. Söz konusu iki büyük devrimde de anayasal düşünceyi zirveye ulaşmıştır.
Doktrinde, anayasacılığın modern çağda siyasal iktidarın bireyin özgürlükleri
dehisyonu sınırlandırmasına sahayacak bir kurumsal düzenleme arayışı beraberinde
leheşen doğal hukuk ve sosyal sözleşme teorileriyle birlikte ortaya çıktığı
belirtilmektedir.⁷¹ Buna göre, bireyin kutsallığı, doğal hukuk ve doğal haklar
geleneği var olan meşruyet anlayışını değiştirerek yeni bir anlayış ortaya koymuş;
bu da anayasacılığı şekillendiren en etkili güç olmuştur.⁷² 1776 tarihli Virginia
Haklar Bildirgesi, daha sonra pek çok anayasada vazgeçilmesinin mümkün
olmadığı belirtilecek olan hakların net bir şekilde ifadesi ile başlamaktadır⁷³: “Tüm
insanlar doğa gereği eşit bir şekilde özgürdür ve doğuştan gelen bir topluma mensup
olduklarında hiçbir baskı nedeniyle geleceklerinden; yani mülk edinme ve sahip
olma ve mutluluk ve güvenliği kovalama ve edinme yoluya hayat ve özgürlükten
mahrum kalamayacağı haklara sahiptir.” Bildirilerde, gerek hükümet
oluşturulurken gerekse bundan kaynaklı yetkiler kullanılarak doğal yasalarla ve
haklara uygun davranışması⁷⁴ düsüncesi öne çıkarılmıştır.

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

---

⁷¹ Erdoğan, 2005 (a), s. 10.
Political Institutions for a Good Society, Ed.:Stephen L. Elkin/Karol Edward Soltan, The University
⁷⁴ Breyner C. Gary, “Constitutionalism and the Politics of Rights”, İçinde: Constitutionalism and Human
Rights: America, Poland, and France, Ed.: Kenneth W Thompson/Rett R. Ludwikowski, Universtiy

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

77 Stern, 2001, s. 45.
78 Stern, 2001, s. 47.
79 Stern, 2001, s. 47.
kontrolsüz bir yönetimin ortaya çıkmasını engellemek; temel amaçtır.  

Gerek hukuk kuralları aracılığıyla devletin eylemlerinin öngörülebilir nitelike olması gerektiği, gerekse bu kuralların herkese uygulanma gücüne sahip olduğu düşüncesi toplumda yerleştirilerek bireylere, devlet müdahalesi olmaksızın kendilerine tanınan hakları fiilen kullanma imkanı verilir.  

Böylelikle kamusal nitelikteki güç, bireylerin hak ve özgürlüklerine bir tehdit oluşturacak şekilde yoğunlaşmayacak; bireyler devletin “hizmetkârı değil efendileri” olacaktır.  

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

Hiçbir şekilde kamu gücünün müdahale edemeyeceği temel haklar ve bunların çekirdek alanları belirlenmelidir.  

Hakların tanımlanması; kamusal yetkiye dayanan gücü ve çoğunuğun imtiyazlarına sınırlama getirme, anayasacılığın temel amacıdır. Bu anlamda anayasa yapmanın asıl amacı da belirtilen çerçevede olmak üzere devleti sınırlamak, devletin kurumsal kimliğini hukuk üzerinden inşa etmek; başta devlet iktidarını kullanan yöneticiler olmak üzere herkesin hukuka uymasını sağlamaktır.  

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

---

80 Erdoğan, 2005 (a), s. 14.  
81 Breyner, 1996, s. 1.  
82 Howard, 1991, s. 19.  
83 Breyner, 1996, s.15.  
84 Breyner, 1996, s. 23.  
85 Soltan, 1993, s. 84.
üzüre tüm hukuk kurallarının, adalet\textsuperscript{86} ilke ve değerlerine göre düzenlenip uygulanması gerekir.\textsuperscript{87} Bu yöniyle, modern anayasa teorisi; hem olanı, hem de olması gerekeni incelemeye konusunu yapmaktadır. Bir taraftan mevcut anayasa ortaya konmakta, diğer taraftan da ‘iि’ ve ‘adıl’ bir anayasanın hangi niteliklerde sahip olması gerektiğini üzerinde durulmaktadır. Bu çerçevede anayasalcılık; bir taraftan mevcut anayasayı pozitif hukukun en üst normu olarak görüp bunun nasıl yorumlanıp uygulandığı ile uğraşırken, diğer taraftan da olması gereken; özellikle de ahlaki standartları içeren bir takım normatif ilkeler üzerinde yüksele ‘ideal anayasa’ düşüncesi ön plana çıkmaktadır.\textsuperscript{88} Bütün bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde anayasalcılık ve dolayısıyla anayasal devlet; tamamlanmış ve bitmiş bir proje değildir. Tersine, değişen koşullara paralel olarak iktidarın etkin bir şekilde sınırlanmasına ilişkin yeni yöntem ve tekniklerin geliştirilmesine açık dinamik bir süreçtir.\textsuperscript{89}

Söz konusu bu durum, anayasalcılığın doğasında var olan sınırlama ve yaratma olgularından yaratmaya, farklı bir içerik kazandıracak; onu ahlaki temellere dayalı bir toplum yaratma düşünceye dönüştürecektir.\textsuperscript{90} Ancak hemen belirtmeliyiz ki, anayasalcılığın da bir takım sınırları bulunmaktadır. Tek başına adil bir toplumu yaratamaz, olsa olsa adil bir toplumun temeli niteliğindeki ilke, emir ve kurumları olusturabilir.\textsuperscript{91} Anayasalcılığın ortaya koymuş olduğu güvencelerin amacı, toplumsal ve bireysel ilişkiler kamu güclü yoluyla düzenleyerek insanların neye ne kadar sahip olacaklarını belirlemek değildir. Bir anayasa, ancak insanların meşru nitelikleri convencelerini hayata geçirmeye dönük mekanizma veya inkânla işlerlik kazandıracak güvenceler getirebilir. Bu nedenle bireyler için sağlanmış birtakım anayasal garantilerin, onlara istemiş olduklarını sonuçları fiilen sağlayamaması ayrı bir


\textsuperscript{87} Güll, 2010, s. 220.


\textsuperscript{90} Soltan, 1993, s. 75.

\textsuperscript{91} Howard, 1991, s. 25.

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

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

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

92 Erdoğan, 2005 (a), s. 19.
93 Gül, 2010, s. 223-222.
94 Arslan, 2008 (b), s. 21.
95 Gönenç, 1999, s. 98.
96 Erdoğan, 2005 (a), s. 18.
anayasal devlet, aynı zamanda bir hukuk devleti olup bu nitelikteki devlete ait ilke ve kurumlarının fiilen işlerlik kazandığı devlettir. Anayasal devlet, her ülkede şartlara göre değişen farklı bir gelişim seyi izlemiş olması rağmen temelinde; kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti prensipleri vardır. Hukuk devleti ise en sade ve net bir anlatıla; devlet iktidarının, özellikle bireysel hak ve özgürlükler doğrultusunda ve bunları hayata geçirmeye sağlayacak bir şekilde sınırlanmasıdır.


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

97 Starck, 2005, s. 26; Soltan, 1993, s. 76, 88.
98 Bu yöndeki görüşler için bkz. Sancar, 2000 (c), s. 34.
100 KESER, Hayri, Türk Anayasa Yargısında Hukuk Devleti İliesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2005, s. 9.
nitelikli bir mekanizmaya ulaşmış şekilderidir. Devletin hukuk çerçevesinde hareket etmesi sağlanarak iktidarının sınırlandırılması ve bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması hukuk devletinin temelini oluşturur. Hukuk devleti, devlet iktidarının kötülüğe kullanılma ihtimaline karşı alınmış özgürlükleri koruyacak tedbirlerin bütününü ifade etmektedir.


102 Çeçen, 1977, s. 116.
104 Reynolds, s. 99.
105 Montesquieu, 1998, s. 236.
106 Howard, 1991, s. 19.
107 Arslan, 2008 (b), s. 21.
108 Soltan, 1993, s. 92.
Kaynaklanan yetkinin kullanımına imkân sağlayan kanunların içeriğini, dolayısıyla da bu gücün kullanım tarzını belirlemektedir.\textsuperscript{109}

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

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

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

\textsuperscript{109} CANIKLIOĞLU, Dikmen Meltem, “Hukuk Devletinde Siyasal İktidar ve Yargının Karşılıklı Konumu-İlişkileri”, DÜHFD, C.10, Sy.1, 2008, s. 12.
\textsuperscript{110} Howard, 1991, s. 19; Bryner, s. 13.
\textsuperscript{111} Gül, 2010, s. 219.
\textsuperscript{112} Starck, 2005, s. 33.
\textsuperscript{113} Howard, 1991, s. 20.
dayanması gereken diğer esaslardan biridir. Dolayısıyla anayasal devlet, hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı, insan hakları gibi üç temel unsur üzerinde yükselmektedir.

A. HUKUK DEVLETİ

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

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

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


116 Özcan, 2008, s. 200.

117 Özcan, 2008, s. 200.


Tarihsel gelişim sürecinde, doktrinden normatif düzenlemeye, ulusal uygulamadan ulus-üstü denetime, XIX. yüzyıldan XXI. yüzyıla, Almanya, Fransa ve İngiltere ile diğer birçok Avrupa devleti ve ülkemizde de hukuk devleti ilkesi çerçevesinde pek çok gelişim ve dönüşüm yaşanmıştır.


121 Sancar, 2000 (c), s. 30.


1. Hukuk Devleti Teorisi

a. Kavramın Terminolojik Kullanımı


124 Şirin, 2010, s. 679.
126 ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, “Türk Anayasa Mahkemesi’nin Hukuk Devleti Anlayışı”, HFSA/3, 1995, s. 73
127 Sancar, 2000 (c), s. 32.
128 1982 Anayasasında sadece milletvekillerinin and içmesini öngören md. 81 ile Cumhurbaşkanının andını düzenleyen md.103 de hukukun üstünlüğü kavramına yer verilmiştir.


129 Sancar, 2000 (c), s. 33.  
130 Caniklioğlu, 2008, s. 13.  
132 Şirin, 2010, s. 680.  
133 Neuman, 2008, s. 557.  
136 Keser, 2005, s. 6.  


139 Şirin, 2010, s. 696.
141 Altıparmak, 1996, s. 222.
142 Şirin, 2010, s. 696.
143 Aliefendioglu, 1995, s. 73.
144 Şirin, 2010, s. 682.
Kanunları yapan organın parlamento olduğu dikkate alındığında, hukukun üstünlüğü ile Parlamentonun üstünlüğü arasında kaçınılmaz bir ilişki bulunmaktadır. Söz konusu bu ilişkinin niteliği, diğer iktidar biçimlerinden farklı olarak, parlamentonun iktidarını rule of law ilkesine bağlı hale getirmektedir. Çünkü birinin varlığı diğeriyle bağlantılıdır. Kanun (law) parlamentonun iktidarını sayesinde hayat bulurken kanuna dayalı yönetim, diğer iktidarların tersine olarak parlamentonun iktidarını pekiştirmektedir.146 Buna karşın rechtsstaat düşüncesinde, devlet ile hukuk arasında birbirine bağlı bir ilişki söz konusudur.147 Örneğin Japon Meici Anayasası’nda hukuk devleti ilkesi, devleti temsil eden ve anayasal bir ilke olan Tennyoizm ile (İmparator üstünlüğü, egemenliği) esaslı bir şekilde sınırlanmıştır.148

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

---

146 Şirin, 2010, s. 690.
147 Şirin, 2010, s. 682.
149 Dicey, 2008, s. 37.
150 Dicey, 2008, s. 32, 34.
152 Caniklioğlu, 2008, s. 13.
işleme ilişkin hak arama yollarının fiilen kullanılabilmesini sağlayacak şekilde ilgiliye tebligatta bulunmalıdır.¹⁵³

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

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

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

¹⁵³ Altıparmak, 1996, s. 220.
¹⁵⁵ Şirin, 2010, s. 696.
¹⁵⁶ Özcan, 2008, s. 200.
¹⁵⁷ Özcan, 2007, s. 195.
¹⁵⁸ Şirin, 2010, s. 696.
onuru, insan hakları, hakkaniyet, iyi niyetin korunması, dürüstlük kuralları, iradenin
özerkliği vb. yer almaktadır. Bunlar için kesin sayısal bir sınır koymak mümkün
değildir. Söz konusu kavramlar bakımından görülen farklılıklar, toplumların
karşıştığı çeşitli nitelikteki sorunlar, var olan kültür ve hukuk düzeyinden
Kaynaklanmaktadır.\(^{159}\) Nitekim doktrinde ve günlük dilde, hukuk devleti ilkeleri
olarak belirtilen ilkelere, hukukun üstünlüğü ilkelere arasında da yer aldığı
görülmektedir.\(^{160}\) Devlet insanların değil hukukun hâkimidir. Hukuk onu
uygulama yetkisine sahip olana hiçbir şekilde keyfi davranma yetkisi vermez; hukuk
düzeninde her insanın belli ölçude eşitlik ilkesi geçerlidir ve hukukun hesaba
katılabilirliği her zaman güvence altında alınmak zorundadır.\(^{161}\) Örneğin, ABD
Anayasasındaki due process hükümleri diğer kavramlarla farklı şekillerde ifade
edilen hukususal güvenceleri bireylere sunmuştur.\(^{162}\)

Yargısal uygulama da kavramlar arasında esasl bir farklılığı olmadığı ortaya koymaktadır. Örneğin, ABD Yüksek Mahkemesi, Anayasada yer alan due
process ilkesinden yararlanarak; getirilen sınırlamanın makul olması, sınırlamanın
genel yararı sağlamada zorunlu olması, getirilen sınırlama ile kamuya sağlanan yarar
arasında denge bulunması gibi bir takım ilkelere belirleyerek Alman Federal Anayasa
Mahkemesinin hukuk devleti anlayışından çıkardığı ilkelere benzer ilkelere
gelistirmiştir.\(^{163}\) Bu çalışmada; hukuk devleti terimi tercih edilecektir.

b. Hukuk Devletinin Düşünsel Gelişimi

Ortaçağ’dan İngiltere’de devletin, ilahi veya beşeri nitelikteki hukuk ilkelereine
bağlı olması, toplumsal ilişkilerde hukuk ilkelerein hakim olması gerektiği gibi bir
takım temel esaslarla dayanan rule of law kavramı, tahtın siyasi gücünü sınırlamak
amaçıyla XIII. yüzyılda Henri de Brantcon tarafından ortaya atılmıştır. Aynı
düşüncenin ‘supremacy of law’ terimi de olmakla birlikte, rule of law daha

\(^{159}\) Karayalçın, 1992, s. 199-200.
\(^{160}\) Şirin, 2010, s. 696.
\(^{161}\) Doehring, 2001, s. 209.
\(^{162}\) Altıparmak, 1996, s. 249.
\(^{163}\) Aliefendioğlu, 1995, s. 73.

164 Karayalçın, 1992, s. 200.
165 Caniklioğlu, 2008, s. 13.
166 ÖZCAN, Tevfik Mehmet, “Yasama Faaliyetinin Sınırsı Olarak Hukuk Devleti”, İçinde: Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu’na Armağan, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 533.
167 Caniklioğlu, 2008, s.13.
169 Sancar, 2000 (c), s. 33; Özlem, 2000-2001, s. 12.
yüzüyılın başlarından itibaren hukuk devleti düşüncesiyile yakın bir ilişki içinde olduğu anlaşılmaktadır.


Hukuk devletinin çıkış noktası, doğal hukuk bağlamında liberal devlettir. Doğal hukuk kurum, çeşitli görünimler altında binlerce yıldır varlığını devam ettiren, dinsel nitelikteki düzen ile ahlak ve hukuk arasındaki ilişkiler hakkında ilerilen ve eşyanın doğasından kaynaklanan sistemik bir düşünce tarzıdır. Çeşitli doğal hukuk kuramları, birbirinden oldukça farklı amaçla birbirleriyle doğal hukuk devletin rolü ve sınırları ile doğal haklar açısından modern siyaset kuramının ve uluslararası hukukun gelişmesinde de temel bir fonksiyonu

---

171 Sancar, 2000 (c), s. 33.
172 Özlem, 2000-2001, s.13; ÖKÇESİZ, Hayrettin, Sivil İtaatsizlik, Afa Yayıncılık, İstanbul 1994, s. 95.
174 Bix, 2004, s. 291.
yerine getirilmiştir. Doğal hukuk, Yeniçağda bir insan hakları teorisine dönüşmüş, özellikle de Amerikan ve Fransız Devrimlerinin gerek öncesinde gerekse devrimler sırasında, ihlal edilmesi mümkün olmayan, vazgeçilmez, insan ve vatandaşlık hakları üzerinde önemle durmuş; toplumsal düzeyde bir farklılık yaratmıştır. Bu yönrle doğal hukuk, maddi bir içerik kazanmıştır. Her ne kadar tüm bu nedenlerle hukuk devetine asıl rengini veren Aydınlanma felsefesi ve doğal hukuk olduğu, doğal hukukun aynı zamanda bir hukuk devleti kurдумu teşkil ettiği, doğal hukuk kurumlarına başvurmak için hukuk devletinin temellerini anlamam mümkün olmayan, vazgeçilmez, insan ve vatandaşlık hakları üzerinde önemle durmuş; toplumsal düzeyde bir farklılık yaratmıştır. Bu yönrle doğal hukuk, maddi bir içerik kazanmıştır.

Her ne kadar tüm bu nedenlerle hukuk devetine asıl rengini veren Aydınlanma felsefesi ve doğal hukuk olduğu, doğal hukukun aynı zamanda bir hukuk devleti kurдумu teşkil ettiği, doğal hukuk kurumlarına başvurmak için hukuk devletinin temellerini anlamam mümkün olmayan, vazgeçilmez, insan ve vatandaşlık hakları üzerinde önemle durmuş; toplumsal düzeyde bir farklılık yaratmıştır. Bu yönrle doğal hukuk, maddi bir içerik kazanmıştır.

Bu yönüyle doğal hukuk, maddi bir içerik kazanmıştır. Her ne kadar tüm bu nedenlerle hukuk devetine asıl rengini veren Aydınlanma felsefesi ve doğal hukuk olduğu, doğal hukukun aynı zamanda bir hukuk devleti kurдумu teşkil ettiği, doğal hukuk kurumlarına başvurmak için hukuk devletinin temellerini anlamam mümkün olmayan, vazgeçilmez, insan ve vatandaşlık hakları üzerinde önemle durmuş; toplumsal düzeyde bir farklılık yaratmıştır. Bu yönrle doğal hukuk, maddi bir içerik kazanmıştır.

Bu yönüyle doğal hukuk, maddi bir içerik kazanmıştır. Her ne kadar tüm bu nedenlerle hukuk devetine asıl rengini veren Aydınlanma felsefesi ve doğal hukuk olduğu, doğal hukukun aynı zamanda bir hukuk devleti kurдумu teşkil ettiği, doğal hukuk kurumlarına başvurmak için hukuk devletinin temellerini anlamam mümkün olmayan, vazgeçilmez, insan ve vatandaşlık hakları üzerinde önemle durmuş; toplumsal düzeyde bir farklılık yaratmıştır. Bu yönrle doğal hukuk, maddi bir içerik kazanmıştır.

Bu yönüyle doğal hukuk, maddi bir içerik kazanmıştır. Her ne kadar tüm bu nedenlerle hukuk devetine asıl rengini veren Aydınlanma felsefesi ve doğal hukuk olduğu, doğal hukukun aynı zamanda bir hukuk devleti kurдумu teşkil ettiği, doğal hukuk kurumlarına başvurmak için hukuk devletinin temellerini anlamam mümkün olmayan, vazgeçilmez, insan ve vatandaşlık hakları üzerinde önemle durmuş; toplumsal düzeyde bir farklılık yaratmıştır. Bu yönrle doğal hukuk, maddi bir içerik kazanmıştır.

Bu yönüyle doğal hukuk, maddi bir içerik kazanmıştır. Her ne kadar tüm bu nedenlerle hukuk devetine asıl rengini veren Aydınlanma felsefesi ve doğal hukuk olduğu, doğal hukukun aynı zamanda bir hukuk devleti kurдумu teşkil ettiği, doğal hukuk kurumlarına başvurmak için hukuk devletinin temellerini anlamam mümkün olmayan, vazgeçilmez, insan ve vatandaşlık hakları üzerinde önemle durmuş; toplumsal düzeyde bir farklılık yaratmıştır. Bu yönrle doğal hukuk, maddi bir içerik kazanmıştır.

Bu yönüyle doğal hukuk, maddi bir içerik kazanmıştır. Her ne kadar tüm bu nedenlerle hukuk devetine asıl rengini veren Aydınlanma felsefesi ve doğal hukuk olduğu, doğal hukukun aynı zamanda bir hukuk devleti kurдумu teşkil ettiği, doğal hukuk kurumlarına başvurmak için hukuk devletinin temellerini anlamam mümkün olmayan, vazgeçilmez, insan ve vatandaşlık hakları üzerinde önemle durmuş; toplumsal düzeyde bir farklılık yaratmıştır. Bu yönrle doğal hukuk, maddi bir içerik kazanmıştır.

Bu yönüyle doğal hukuk, maddi bir içerik kazanmıştır. Her ne kadar tüm bu nedenlerle hukuk devetine asıl rengini veren Aydınlanma felsefesi ve doğal hukuk olduğu, doğal hukukun aynı zamanda bir hukuk devleti kurдумu teşkil ettiği, doğal hukuk kurumlarına başvurmak için hukuk devletinin temellerini anlamam mümkün olmayan, vazgeçilmez, insan ve vatandaşlık hakları üzerinde önemle durmuş; toplumsal düzeyde bir farklılık yaratmıştır. Bu yönrle doğal hukuk, maddi bir içerik kazanmıştır.

Bu yönüyle doğal hukuk, maddi bir içerik kazanmıştır. Her ne kadar tüm bu nedenlerle hukuk devetine asıl rengini veren Aydınlanma felsefesi ve doğal hukuk olduğu, doğal hukukun aynı zamanda bir hukuk devleti kurдумu teşkil ettiği, doğal hukuk kurumlarına başvurmak için hukuk devletinin temellerini anlamam mümkün olmayan, vazgeçilmez, insan ve vatandaşlık hakları üzerinde önemle durmuş; toplumsal düzeyde bir farklılık yaratmıştır. Bu yönrle doğal hukuk, maddi bir içerik kazanmıştır.

Bu yönüyle doğal hukuk, maddi bir içerik kazanmıştır. Her ne kadar tüm bu nedenlerle hukuk devetine asıl rengini veren Aydınlanma felsefesi ve doğal hukuk olduğu, doğal hukukun aynı zamanda bir hukuk devleti kurдумu teşkil ettiği, doğal hukuk kurumlarına başvurmak için hukuk devletinin temellerini anlamam mümkün olmayan, vazgeçilmez, insan ve vatandaşlık hakları üzerinde önemle durmuş; toplumsal düzeyde bir farklılık yaratmıştır. Bu yönrle doğal hukuk, maddi bir içerik kazanmıştır.

Bu yönüyle doğal hukuk, maddi bir içerik kazanmıştır. Her ne kadar tüm bu nedenlerle hukuk devetine asıl rengini veren Aydınlanma felsefesi ve doğal hukuk olduğu, doğal hukukun aynı zamanda bir hukuk devleti kurдумu teşkil ettiği, doğal hukuk kurumlarına başvurmak için hukuk devletinin temellerini anlamam mümkün olmayan, vazgeçilmez, insan ve vatandaşlık hakları üzerinde önemle durmuş; toplumsal düzeyde bir farklılık yaratmıştır. Bu yönrle doğal hukuk, maddi bir içerik kazanmıştır.

Bu yönüyle doğal hukuk, maddi bir içerik kazanmıştır. Her ne kadar tüm bu nedenlerle hukuk devetine asıl rengini veren Aydınlanma felsefesi ve doğal hukuk olduğu, doğal hukukun aynı zamanda bir hukuk devleti kurдумu teşkil ettiği, doğal hukuk kurumlarına başvurmak için hukuk devletinin temellerini anlamam mümkün olmayan, vazgeçilmez, insan ve vatandaşlık hakları üzerinde önemle durmuş; toplumsal düzeyde bir farklılık yaratmıştır. Bu yönrle doğal hukuk, maddi bir içerik kazanmıştır.

Bu yönüyle doğal hukuk, maddi bir içerik kazanmıştır. Her ne kadar tüm bu nedenlerle hukuk devetine asıl rengini veren Aydınlanma felsefesi ve doğal hukuk olduğu, doğal hukukun aynı zamanda bir hukuk devleti kurдумu teşkil ettiği, doğal hukuk kurumlarına başvurmak için hukuk devletinin temellerini anlamam mümkün olmayan, vazgeçilmez, insan ve vatandaşlık hakları üzerinde önemle durmuş; toplumsal düzeyde bir farklılık yaratmıştır. Bu yönrle doğal hukuk, maddi bir içerik kazanmıştır.

Bu yönüyle doğal hukuk, maddi bir içerik kazanmıştır. Her ne kadar tüm bu nedenlerle hukuk devetine asıl rengini veren Aydınlanma felsefesi ve doğal hukuk olduğu, doğal hukukun aynı zamanda bir hukuk devleti kurдумu teşkil ettiği, doğal hukuk kurumlarına başvurmak için hukuk devletinin temellerini anlamam mümkün olmayan, vazgeçilmez, insan ve vatandaşlık hakları üzerinde önemle durmuş; toplumsal düzeyde bir farklılık yaratmıştır. Bu yönrle doğal hukuk, maddi bir içerik kazanmıştır.

Bu yönüyle doğal hukuk, maddi bir içerik kazanmıştır. Her ne kadar tüm bu nedenlerle hukuk devetine asıl rengini veren Aydınlanma felsefesi ve doğal hukuk olduğu, doğal hukukun aynı zamanda bir hukuk devleti kurдумu teşkil ettiği, doğal hukuk kurumlarına başvurmak için hukuk devletinin temellerini anlamam mümkün olmayan, vazgeçilmez, insan ve vatandaşlık hakları üzerinde önemle durmuş; toplumsal düzeyde bir farklılık yaratmıştır. Bu yönrle doğal hukuk, maddi bir içerik kazanmıştır.

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

Devlet-sivil toplum düализmine dayanan liberal insan hakları yaklaşımı ve devlet felsefesi; devletin dışında onun ámbahasından bağımsız özel bir alanın varlığımı ve bireysel güvenlik ile mülkiyetin dokunulmazlığını tanıyan, bireylerin düşünce-kültürel ve mesleki-ikitsadi geliştirmesini, devletin ve feodal sisteminizin verdığı sınırlar içinde hapseden mutlak monarşiye ve onun üzerinde yükseldiği bireylerin değil, çeşitli güç odaklarının etkin olduğu toplumsal bir sistemde karşı yürütülen burjuvazi mücadeleleri sonunda ortaya çıkmıştır. Burjuvaziye göre, refah ve adalet, esitlik ve özgürlüge dayalı toplumsal yapıda kendiliğinden ortaya çıkacaktır. Böyle bir düzende sadece bireysel girişim ve yetenekler özgürlük kazanmaz; aynı zamanda bireyler arasındaki ilişkiler, yine onlar tarafından belirlenerek menfaatler dengesi, merkezi devletin müdahale edemeyeceği bir konuma kavuşur.184 Devlet, artık sadece bireylerin özgürlüklerini gerçekleştirmek için almayı sağlayacak önlemleri almış için var olacaktır.185 Devlet, başlangıçta kişi özgürlüğü ve güvenliği olmak üzere, özel mülkiyet, sözleşme özgürlüğü, teşebbüs ve mubahale özgürlüğü doğrultusunda ortaya çıkan liberal özgürlük anlayışı çerçevesinde, bunları karşılayan ve çeşitli mekanizmalar aracılığı ile sıkı denetim altına alınmış bir kurum niteliğini kazanacaktır.186 Devlet, artık kamu yararını hem maddi olarak tanımlayıp onun içeriğini belirlemek hem de bunu emredici şekilde hayata geçirerek yetkisini de kaybetmiştir. Bu da bir dönüşümü ifade etmektedir.188 Ortaya çıkan bu yeni sosyal düzende; toplum mümkün olduğunca özerk, siyasi iktidarın kaynaklanan kamusal yetkiler sınırlı; özgürlük asıl, sınırlanması ise istsınadır. Bu yönüyle hukuk devleti

182 Sancar, 2000 (c), s. 35.
183 Özlem, 2000-2001, s. 18.
184 Sancar, 2000 (c), s. 38.
185 Sancar, 2000 (c), s. 39.
187 Schmitt, 2008, s. 120.
188 Sancar, 2000 (c), s. 39.
aslında, taşıdığı potansiyel nedeniyle otoriter bir nitelik kazanarak bir baskı mekanizması/aygıt haline dönüşmesi riskine karşı devlet iktidarını, etkili ve kesin bir şekilde sınırlayıp hukuksal bir çerçeveye almaya çalışmaktadır.


Özetle belirtmek gerekirse olumsuz özgürlük temelinde tanımlanan hukuk devleti, kapitalist üretim tarzının gelişme sürecinde ona hız kazandırıp çeşitli saldırı ve baskılardan korunması; yöneticilerin keyfi hareketlerinin engellenmesi; ve onu, kamu gücü karşısında çeşitli hakları olan bir hukuk öznesi konumuna yükseltmek amacına göre kurgulanmıştır.
c. Hukuk Devleti-Polis Devleti Ayrımı


197 Akad/Dinçkol, 2009, s. 315
198 Akad/Dinçkol, 2009, s. 315.
201 Gözler, 2009, s. 121.
202 Gözübüyük/Tan, 1998, s. 29.
kurallar yönetenleri, yönetilenlere karşı bağlamaktan uzak olup iki grup arasındaki ilişkileri özgürlükler temelinde belirleyecek şekilde düzenlenyen hukuk kuralları yoktur.\(^{204}\)

Polis devletinde de yukarıda nitelikleri belirtilen bir hukukun varlığı karşısında, hukuk devleti ilkesinde de geçen ve doktrinde de tartışmalı bir kavram olan hukukun ne olduğu sorusunun cevabı büyük önem kazanmaktadır. Doktrinde, siyasal bir örgütlenme olarak her devletin bir hukuksal düzen olduğu ancak bunun tersinin doğru olmadığı başka bir ifadeyle, ancak belli niteliklere sahip olan hukuk düzenlerinin bir devlet olduğu belirtmektedir. Devlet ile hukuk arasında gerçek bir ayrım olmadığını savunan bu görüşe göre, hukuku oluşturan normların ihdas edilip uygulanması için belli bir merkezleşme aşamasına ulaşmış uzmanlaşmış organlar var ise bu hukuk düzeni bir devlet sayılabilir. Devlet, göreceli olarak merkezleşmiş bir hukuksal düzenidir.\(^{205}\)

Bir bakıma devletin olmadığı yerde hukuku yok sayan bu görüşe, devletin henüz olmadığı dönemlerdeki toplumlarda da norm-uygulama ilişkisinin gözlemlendiği, hukuku devletle tanımlamaya kalkmanın söz konusu ilişkinin varlığına rağmen bu toplumlarda hukuk olmadığını ve tarihsel süreç içerisinde insanlığın büyük bir bölümünün hukuk dışı kaldığını kabul etmek gibi yanlış bir sonucu götüreceği gerekçesiyle karşı çıkılmaktadır.\(^{206}\) ve bu kabulün, devleti aşan bir olgu olarak siyasal ıktidar kavramıyla da bağdaşmadığı, devletli ya da değil her toplumun siyasi olduğu ölçüde aynı zamanda hukuki de olduğu belirtilmektedir.\(^{207}\)

Ayrıca, norm-uygulama ilişkisinde ortaya çıkan sorunları gerektiririnde zor ve baskı araçlarını devreye sokarak çözüen bir düzen olarak hukukun, VIII. yüzyıldan önce ortaya çıktığı dönenleyyle, toplumsal ilişkileri düzenleyen normları ihdas edip uygulayan gerektiririnde de baskı ve zor kullanmanın siyasal ıktidar tiplerinden hareketle,
hukuku ve hukuk devletini tanımlamının mümkün olmadığı gibi devleti tanımlamının da mümkün olmadığı vurgulanmaktadır.  


Olmasa gerek, mevcut olanı inceleme ve hukuku sahip olduğu bir takım unsurlardan soyutlayarak tanımlama amacıyla ’saf bir hukuk teorisi’ yaratan Kelsen dahi, demokrasi ve hukuk güvenliği taleplerinin hayata geçirildiği bir devlet ve hukuk düzenini diğerlerinden ayırma gereğini duymuş, böylece merkezileşmiş hukuk düzenleri için hukuk devleti kavramının kullanılmasi gerektiğini belirtmiştir. Ona göre, halkın seçtiği bir parlamento tarafından ihdas edilen normların yargı ve yürütüme bağlandığı, yürütmenin eylem ve işlemlerinden sorumlu, yargının bağımsız olduğu, bireylerin başta düşünce ve inanç özgürlükleri olmak üzere özgürlüklerin güvence altında alındığı bir toplumsal hayatı yaratan hukuk düzeninin hakim olduğu devlet, bir hukuk devletidir ve belli bir siyasal değeri ifade etmektedir.


208 ÖZENÇ, Berke, Hukuk Devleti Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi, İletişim Yayınları, İstanbul 2014, s. 171.  
209 Kelsen, 2005, s. 450.  
210 Kelsen, 2005, s. 450.  
211 Özenç, 2014, s. 172.  

213 Ayrıntılı bilgi için bkz. Özenç, 2014, s. 173.
214 Özenç, 2014, s. 173.
217 Gierke, 2005, s. 132.
221 Keyman, 1978, s. 30.

222 Özenç, 2014, s. 174.
223 Akal, 2015, s. 29.
225 Hukuki pozitivistin geçmişteki, egemenlik yetkisi kullanılarak görevlilerin kamunun menfaatlerini bakımından doğru olarak kabul ettiği herseyi hukuk olarak sunmasını, kanun biçiminde olmak şartı ile her türlü adaletsizlik ve yanlışlık hukuk diyе görmesini, toplama kamplarından kâtiplerle ölüm theirini temelini belirlenmiş ve genelde göre çıkarılan kanunların, içeriklerini dikkate almamak için hukukun sadece biçimsel ve emredici görünüşü reddeden ve hukuk biliminin


227 Chevallier, 2010, s. 11.

228 Caniklioğlu, 2008, s. 17.

229 Kaboğlu, 2010, s. 402.


232 Strauss, 1993, s. 97.
yararını gerçekleştirmek amacıyla kullanılarak kullanılsa, doğası gereği özgürlük alanına taşıma eğilimi gösterir ve özgürlüğün temelini zamanla zayıflatır. Ülkemizde Danıştay örneğinde de olduğu gibi idari yargı kurumları, bu gibi tehditlere karşı yargısal koruma fonksiyonunu yerine getirerek bireysel özgürlükler bakımından güvenceli bir ortam oluştururlar.

Yargının iki önemli fonksiyonu olan, sübjektif nitelikteki bireysel hakların gerçekleştmesini sağlayan hukuksal koruma ile objektif hukuk düzeninin korunmasını sağlayan yargısal denetim, idari yargida, iç içe geçmiş durumdadır. İdari yargı birinci fonksiyonuyla temel hak ve özgürlükleri idareye karşı korumaSanta kula olarak ikinci fonksiyonu ile de kanunun ve kanun koyucunun başka bir ifadeyle yasama organı̇nin üstünü̇lüğünü̇ ilkesini̇ hayata geçirerek hukuk devletine önemli katkılar sağlamaktadır.233 Hemen belirtilmelidir ki, hukuk devleti bakımından önemli olan husus, yürütme- idarenin eylem ve işlemlerinin bağımsız yargısı organlarına denetlenmesidir. Bu denetim sağlandıktan sonra, denetimi yapan mahkemenin genel mahkeme veya idare mahkemesi olması hukuk devleti bakımından herhangi bir ömekte sahip değildir.234 Diğer taraftan kanuni idare235 ilkesine göre teşkilatlanan bütün ülkelerde idari otoritelerin işlemleri idareyi yargılı hukuk devleti açısından önemli olan; söz konusu makamların uyuşmazlık konusu idari işlemi yapmaya yetkili olup olmamaları değil, işlemin hukukun gereği olup olmadığıdır. Başka bir ifadeyle önemli olan; işlemin, bireyin hakları bakımından taşımış olduğu içerik, özdür. Kıtâ Avrupâ’sında idare mahkemelerinin kuruluğu ilk zamanlarda yargısal denetim, ‘yetki’ alanında gerçekleştmiş buda idari bir despotizme yol açmıştır.236

Polis devletinde tümüyle devlet ıktidarını tesis edip kuvvetli bir şekilde devam ettirmek bakımından bir araç niteliği taşıyan ve deyim yerindeyse ıktidarın bireylere karşı haklarının bir ifadesi niteliğinde olan hukuk, yürütme ve idare için herhangi bir sınırlama aracı olmanın çok uzagaında olup gerek içerik gerekse uygulama bakımından çeşitli şekiller ve düzeylerde ıktidar yetkisi kullanlanması 233 Sancar, 2000 (1), s. 77.
235 Söz konusu ilke, idarenin önceden kanun ile düzenlenmemiş bir alanda faaliyette bulunmayacağı, mutlak surette kanundan aldığı bir yetkiye dayanması gerektğini ifade etmektedir. Buna göre, kanun olmayan bir yerde idare de yktur. İdare yasama organı devreye girmeden bağımsız olarak faaliyette bulunamaz. Gözler, 2009, s. 136.
236 Dicey, 2008, s. 93.


237 Özlem, 2000-2001, s. 11.
239 Chevallier, 2010, s. 11.
241 Kaboğlu, 2010, s. 396.
242 Chevallier, 2010, s. 11-12.
2. Hukuk Devleti Anlayışları (Maddi-Bičimsel Hukuk Devleti)


Bu süreçte devleti özgürlüklerin en büyük düşmanı olarak görüp onu ortadan kaldırmak planlarından devlet olmadan toplumsal bir hayatın var olup devam edemeyecek olması nedeniyle onun katlanılması gereken zorunlu bir kötülük olduğuna varan değişik görüşler ileri sürülmuş, ancak hiç birinin meseleye çözüm getirememektedi. Devleti özgürlüklerin korunmaya çarşaf vermek için 'anayasacılık' olarak formüle edilen düşünce, genel bir kabul olarak ortaya çıkmıştır. Kanaatimize bu yönüyle anayasacılık, devlet iktidarı ile özgürlükler arasındaki uzlaşma; anayasa devlet ise bu uzlaşmanın kurumsal hale gelmesi olarak değerlendirilebilir. Devlet iktidarı ve bireysel özgürlükler bir arada var olacak, ancak her ikisinin de sınırlarını içeriğini çağdaş ve evrensel hukukun oluşturduğu bir anayasa çizectiktir. Bunun içinde ilk olarak iktidarın özgürlükler lehine sınırlandığı gerekmektedir. İşte bu esaslarla dayanan anayasacılık düşüncesi hayata geçirmek için başvurulan yöntemlerin ya da araçlarının başında da hukuk devleti ilkesi gelmektedir.

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

---

244 Sancar, 2000 (c), s. 34.
245 Arslan, 2008 (d), s. 55.
gerçekleşmesini mümkün hale getirecek ilke ve kurumların somut bir görünüm 

içinde ortaya konmuş ve tek bir kavram altında formüle edilmiş olmasıdır.  

Ancak hukuk devleti kavramsal ve teorik açıdan bir takım sorunları da bünyesinde 

taşımaaktadır. Bu hususta, birbirleriyle sürekli olarak bir mücadele ve tartışma içinde 

olan iki farklı devlet anlayışının varlığı söz konusudur. Bir tarafta, Hegel’den Carl 

Schmitt’e uzanan ‘maddi/özsel’ hukuk devleti düşüncesi varken diğer tarafta 

‘prosedürel/biçimsel’ hukuk devleti düşüncesi bulunmaktadır. Söz konusu bu 

ayrımcı tarihsel bir süreç içerisinde ortaya çıkmıştır. Temelinde devlet eylem ve 

işlemlerinin hukuka uygunluğu ve yargısal denetime tabi olması düşüncesi olan 

hukuk devletinin, öncelikle biçimsel boyutu geliştirip ortaya konmuştur. Hukuk 

devleti özellikle II. Dünya Savaşı’ndan sonra büyük bir dönüşüm geçirmiştir. Nazi 

Almanya’ sı uygulamaları ve savaş sırasında yaşanan insanlık ayıpları, her biçimsel 

olguda olduğu gibi biçimsel hukuk devleti anlayışının da yetersizliğini net bir şekilde 

ortaya koymuş, özgürlükler çerçevesinde bir meşruluk sorgulamasını ön plana 

çıkarmıştır. Kanunilik-yasallık unsuru elbette ki hukuk devletinin vazgeçilmez bir 

unsuru olup, ancak meşruluğun sadece bu unsuru üzerinden inşa edilip edileceği, 

biçimsel-maddi hukuk devleti tartışmalarının temelini teşkil etmektedir.

Diğer taraftan her şeyden önce, o zaman kadar doktrinel bir kavram olan ve 

kamu hukukunun temel kurucu unsuru olarak kabul edilen hukuk devleti düşüncesi, 

pozitif hukukta yerini almıştır. Almanya bu yönüle öncü bir rol üstlenmiştir. 1949 

tarihli Bonn Anayasası maddi ve biçimsel hukuk devleti anlayışının somut bir 

örneği olarak kabul edilmiştir. Bu Anayasada’ının 20. maddesinin 3. fıkrasında, 

“yasama, anayasal düzenine bağlıdır; yürütme ve yargı organları yasa ve hukukla 

bağlıdır” ve 28. maddesinde, “Eyaletlerdeki anayasal düzen, bu Anayasada 

belirlenen cumhuriyetçi, demokratik ve sosyal hukuk devleti ilkelerine uygun olmak 


---

246 Sancar, 2000 (c), s. 34.
247 Arslan, 2008 (d), s. 57.
248 YÜCEL, Bülent, “5982 Sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu’nun 1982 Anayasası’nın ‘Hukuk 

Devleti’ Anlayışına Etkisi”, TBBD, Sy.100, 2012, s. 84.
249 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. SANCAR, Mithat, “Yasallık ile Meşruluk Geriliminde Hukuk 

Devleti”, içinde: Devlet Akı Kıskaçmadı Hukuk Devleti, Der.: Mithat Sancar, İletişim Yayınları, 

İstanbul 2000, s. 86.
250 Chevallier, 2010, s. 68.
zorundadır.”\(^{251}\) denilmiştir böylelikle hukuk devleti düşüncesinin ilk kez bir hukuksal metinde yer almışsa sağlanmıştır. 28. maddede anayasa düzeninin, *cumhuriyetçi, demokratik ve sosyal* niteliği vurgulanarak, md.20/3 de ortaya konan biçimsel anlayışa paralel olarak maddi hukuk devleti anlayışının da anayasa düzeninin temeli olarak değerlendirildiği belirtilmiştir. Alman anayasa düzeni özellikle temel haklar vurgusu yapılarak hukuk devleti düşüncesini basit bir teori olmaktan çıkmış, pozitif hukuk sistemine hakim olan, ona yön veren bir ilke haline gelmiştir. Sistem, bir takım kuralların basit bir şekilde bir araya getirilerek eklennesine indirgenemecek niteliğe kavuşmuştur. Terim artık sadece hiyerarşik bir hukuk düzenini değil, aynı zamanda bir hak ve özgürlükler bütününe çağrılmış içerikte kavuşmuştur.\(^{252}\)

Aynı mantık, AK Statüsü’nün 3. maddesinde belirtilen, “*hukukun üstünlüğü ilkesi*” ve “*...herkesin insan haklarından ve temel özgürlüklerden yararlanması gerektiğini öngören ilkede devam ettirilmiştir. Artık hukuk devleti, hukuksal normların yapısal süreçinin belli kurallara bağlanması yoluya devlet iktidarının sınırlanması değildir; ama aynı zamanda aslında temel hak ve özgürlükler, demokrasiye, devletin bu çerçevedeki rolüne ilişkin bir anlayıştır ve bu, hukuk sistemini temelini oluşturmuştur.\(^{253}\)

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


\(^{252}\) Chevallier, 2010, s. 68.

\(^{253}\) Chevallier, 2010, s. 68.

\(^{254}\) STERN, Karl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1984, s.2 den nakleden, Chevallier, 2010, s. 68.
a. Biçimsel Hukuk Devleti


Devletin kendinden hareketle ve kendi içinden sınırlanması esasına dayanan hukuk devleti düşünce; temel hak ve özgürlüklerle yönelik müdahalelerle yalnızca kanunlar temelinde veya en azından kanunların belirlemiş olduğu bir çerçevede izin verilmesi, devlet iktidarından kaynaklanan yetkiye dayanan faaliyetlerin öngörülebilir ve hesaplanabilir kılınması, devletin bütün eylem ve işlemlerinin bağımsız bir yarşusal denetime tabi tutulması gibi temel ilkelerde somut bir görünüm kazanmaktadır.262 Bütün bunlar, devlet iktidarının sınırlanması için başvurulacak biçimsel önlemler olarak hukuk devletinin asgari ve vazgeçilmez içeriğini oluşturmakta ve devlet iktidarının denetlenip sınırlanması gibi özgürlükler açısından önemli bir aşamayı temsil etekte, bu nedenle de aynı önemi bugün için de korumaya devam etmektedir.263

256 Neuman, 2008, s. 559
259 Kaboğlu, 2006 (a), s. 388.
262 Sancar, 2000 (c), s. 44.
263 Sancar, 2000 (c), s. 44.
a.1. Adalet ve Meşruluk


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

265 Sancar, 2000 (d), s. 86.
267 Turhan, 2011 (a), s. 22.
268 Uygur, 2004, s. 31.
269 Friedrich Julis Stahl, Die Philosophie de Rects, II.Cilt, II.Kısım, Rechts-und Staatslehreauf der Grundlage christlicher Weltanschauung, 2. Baskı, Heidelberg 1846, s.106 dan nakleden, Sancar, 2000 (d), s. 86.
a.2. Hukuksal Güvenlik- Kanunilik İlkesi


270 Sancar, 2000 (c), s. 36.
271 OĞURLU, Yücel, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Seckin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 39.
272 Sancar, 2000 (c), s. 36.
273 Chevallier, 2010, s. 69
274 Oğurlu, 2003, s. 39.
275 Strauss, 1993, s. 86.
276 Chevallier, 2010, s. 70.
birlikte idarenin tüm eylem ve işlemlerine teşmil edilmiştir. Benzer bir süreç Fransa’da da yaşanmıştır.277 Bu gelişmenin hedefinde, monarşik bir hükümetin tahakküm aracı olan idare, yani asker ve bürokrasi bulunmaktadır.278

Bütün idari faaliyetlerin, özellikle de devlet iktidarından kaynaklanan şiddet tekelinin kullanım tezahürlerini teşkil eden polis, asker ve bürokrasının, kanunlara tabi kalmadığı ve bireysel özgürlük alanına kanunların öngörüdüğü usul ve esasların dışında da müdahale edilmesi istenirse de imkân veren, bu tür girişimleri cezasız bırakıp örtülü olarak hoş gören bir devlet, hukuk devleti olarak nitelendirilemez. Bu nedenle bu idarenin her türlü yönetisel ve özellikle kamuolu ilgili faaliyetlerinin kanunlarla çerçevelenmesi gerekmektedir.280 Bunu sağlamak için genellikle anayasalara, yürütime görevinin, Anayasa ve kanunlar çerçevesinde yerine getirileceği; anayasa kurallarının yasama ve yargı organlarıyla birlikte yürütme organını veya idari otoriteleri bağlayacağı şeklinde kurallar konulmuştur.

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

277 Chevallier, 2010, s. 69.
278 Schmitt, 2008, s. 124.
279 Doehring, 2001, s. 212.
280 Özcan, 2008, s. 212.
283 Sancar, 2000 (c), s. 36.
İktidarından kaynaklanan yetkilerin ise kural olarak sınırlı ve dolayısıyla öngörülebilir olması düşünmesinin yaşama geçmesi, devlet faaliyetlerinin öngörülebilirliği ile mümkün olacaktır. Hukuk devleti, devletin kamusal yetkiye dayalı eylem ve işlemlerinin önceden açıkça ilan edilmiş bir takım kurallara dayalı olduğu devlettir.284

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


284 Schmitt, 2008, s.125.
285 Ökçesiz, 1994, s. 96; Oğurlu, 2003, s. 39.
287 Schmitt, 2008, s. 131.
288 Hayek, 2008, s. 52.
sahip olmamasını gerektirir.²⁹⁰ Böylelikle, özgür bir toplumu totaliter bir toplum yapısından ayırır temel fark olarak, kamu alanından farklı ve bağımsız özel bir alanın varlığı ortaya çıkmaktadır. Bu özel alanda vatandaşша emir verilemez, sadece herkes için geçerli olan genel kurallara uyması istenip bu doğrultuda çeşitli tedbirlere başvurulabilir.²⁹¹

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

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

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

²⁹⁰ Hayek, 2008, s. 92.
²⁹¹ Hayek, 2008, s. 85.
²⁹² Sancar, 2000 (c), s. 45.
²⁹³ Marmor, 2008, s. 173.
²⁹⁴ Hayek, 2008, s. 92.
herhangi bir durum karşısında devletin nasıl hareket edeceğı hakkında bir öngörüye sahip olabilmelidir.\(^{295}\) Temel hak ve özgürlükler bakımından özellikle de idareye takdir yetkisi veren durumlarda bunun kapsamı ve uygulama yöntemi, bireyleri keyfi ve öngöremeyeceklere müdahalelerden koruyacak şekilde kaleme alınmalıdır.\(^{296}\) Bu nedenle kanunlar, bir hukuk devletinde, geleceğe yönelik, açık ve anlaşılabilir nitelikte olmalıdır.\(^{297}\)

Benzer şekilde geriyeもありmeliley ilkesi de çok önemli bir yer tutmaktadır. Ceza hukuku ile ilgili konularda katı bir şekilde uygulanlan geri vermezeklik ilkesi diğer alanlarda bazen daha yumuşak bir şekilde yorumlanabilir; ama bu tür bir yorumun istisna olmaya devam edecek şekilde her zaman göz önünde bulundurulmalıdır.\(^{298}\) Bir fiil işlendiği zaman verilenlik olmayan, geçmişe yürüyen kanunların insanlara yön veremeyeceğine gayet açıktır.\(^{299}\) Böylece bir durumda bireyler, fiillerini planlarken hukukun gereklilerini dikkate almalı.\(^{300}\) Söz konusu unsur, hukuksal güvenliğin zamansal boyutunu oluşturmaktadır. Bireylerin mevcut hukuk normlarına ve hukuk düzenine güveni korunmalıdır. Kanunların geçmişe yürümesi yasağının; hukuk güvencesi ve kazanılmış hakların korunması çerçevesinde çok önemli bir rolü bulunmaktadır.\(^{301}\) İşte ki, bu ilke toplumsal yaşamındaki etkisini, kanun koyucunun, idarenin, yargıcıların ve polisin takdir yetkisine sınırlamalar getirerek keyfiliğin önlenmesinde göstermektedir.\(^{302}\)

Herhangi bir yetkinin, başta ona meşruluk kazandırılan amaclar dikkate alınmasızın bu amaçlara hizmet etmeyecek bir şekilde kullanılması olmak üzere kamuysal yetkilerin özel amaçlarla kullanılıldığı yönetim olarak kısaça tanımlanabilecek olan ‘keyfi idare’, hukuk devletinin tersi bir durumu ifade etmektedir.\(^{303}\) Doktrinde hukuk devletinin, gerek her hukuk sisteminde kaçınılmaz

\(^{295}\) Küçük, 2008, s. 357.


\(^{298}\) Chevallier, 2010, s. 103.

\(^{299}\) Raz, 2008, s. 153; Özcan, 2008, s.153.


\(^{301}\) Metin, 2008 (b), s. 578.

\(^{302}\) Sypnowich, 2008, s. 327.

\(^{303}\) Raz, 2008, s. 158.


304 Raz, 2008, s. 161.
306 Marmor, 2008, s. 174.
gerekli kılars....Bu açıdan kanun metni, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırım veya sonucun bağlandığını belli bir açıdan ve kesinlikle öngörebilmelerine imkan verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Bu nedenle belli bir kesinlik içinde kanunda hangi eyleme hangi hukuksal yaptırımın bağlandığının bireyler tarafından bilinmesi ve eylemlerinin sonuçlarının öngörülebileceği gerekir," demiştir.

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

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

Kanunun erişilebilirlığını sağlamak bakımından önemli olan bir husus da onun yayımlanmasıdır. Kanunun, bireylerin davranışlarını yönlendirebilmesi için, ona tabi olarak kişileri duyurulması310 ve kamuuya açık olması gerekir.311 Bireyler, tabi olduklarını kanunun varlığından habersiz olarak da kanunun öngördüğü bir şekilde hareket edebilirler. Ancak bu durum, kanunun insanları yönlendirdiği bir durum değildir. Öysaki hukuk devleti bakımından kanuna uymanın esası, bireyin uyduruğu kanunun varlığından haberdar olması halinde önem taşır.312

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

308 Marmor, 2008, s. 174.
309 Chevallier, 2010, s. 101.
310 Marmor, 2008, s. 173; Raz, 2008, s. 153.
311 Sypnowich, 2008, s. 327.
312 Marmor, 2008, s. 173.
313 Raz, 2008, s. 153.
Bu durum, kanunun düzenlemek istediği davranışlarımızı planlama, bu doğrultuda hazırlanma ve gelecekteki normatif çerçeve hakkında bir dereceye kadar garanti edilmiş hakkı beklenmeleri gerektirmesinden kaynaklanmaktadır. Yürürlükte olanların bilinmesi yalnızca kısa vadeli kararlar için değil, uzun vadeli planlar için de büyük önem taşımaktadır. Örneğin vergi yada ticaret hukukunun bazen genel kuralları bazen de spesifik nitelikteki ince ayrıntıları, iş aleminde sonuçların yıllar sonra verecek kararlar açısından büyük önem taşımaktadır. Bireylerin uzun bir geleceği ilgilendiren kararlarını hukuk çerçevesinde değerlendirme ve gereklilikler için istikrar unsuru mümkün olmayan bir şarttır. Başka bir ifadeyle, hukuk kurallarının bilinmesi ancak hukukun istikrarlı olması halinde bir anlam kazanıp birey davranışlarına yön verebilecektir.

Bu konuda son olarak; hukuk devletinde geçerli olan kanunların, imkansız olmamaları ve tutanlık olarak uygulanmaları gerektiği ifade edilmelidir. Bir kural veya emir, anlaşırlar ve tutanlık olabilir. Ancak bireylerin uyuş gereklilerini yerine getirememesi bir kural mükemmel bir şekilde anlaşılmalı olsa bile, bireylerin davranışlarını yönlendirmek için istikrar unsuru vazgeçilmesi mümkün olmayan bir şarttır. Başka bir ifadeyle, kanunların özel olaylara uygulanmasıyla görevli kişilerin kanunda yer alan kuralları somut durumlarla ilgili olarak fiilen uygulamaları gerektmektedir.
olsalı, yani vatandaşlar belirli bir olaya uygulanabilir nitelikte hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olmalıdır. İkinci olarak, vatandaşların davranışlarını düzenlemelerine olanak için yeterli açıklıkta formüle edilmiş bir norm, 'hukuk' kuralı olarak kabul edilemez; vatandaşlar belirli bir eylemin gerektirdiği sonuçları, durumun makul sayıldığı ölçüde ve eğer gerekarsa bir uygun bir danışma aracılığıyla önceden görebilmelidir... O halde karar verilmesi gereken sorun, iletilerin izlenmesindeki temel unsurların iç hukukta, ilgili makamlara verilen taktir yetkisinin kapsamını (scope) ve kullanıma usulunu (manner) yeterince gösteren ve ulaşılabilir nitelikte bulunan yasa hükümlerinde makul bir açıklıkla düzenlenmiş olup olmadığını.” AIHM, söz konusu kararla, yerleşik hale gelen içtihatlarında belirttiği ve özgürlüklerin garantisi olarak gördüğü, 'yasayla düzenlenmiş olma'yı tek başına yeterli olarak görmüşü, yasanın söz konusu bu niteliklere sahip olması gerektiğini ortaya koymuştur. Sonraki kararlarında da aynı yaklaşımı sürdürmektedir.320

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

**a.3. Yargısal Denetim ve Bağımsızlık**

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

---


Türk Anayasa Mahkemesi (AYM) bir kararında; Hukuk devletinde yargısal denetimin gerçekleşmesi esastır. Yargısal denetimin genel yada özel mahkemelerce veya her ikisi tarafından yapılması şart değildir. Yargısal denetimde davaların hızlı, doyurucu ve az giderle görülmesi, yasalardan doğan uygulamadaki hataların giderilmesi, adalet hizmetlerinin hızlandırılmasına ilişkin gerekli önlemlerin alınması hukuk devletinin gereklidir. 1961 Anayasası’nın Hakimler Yüksek Kurulu’nun, hakimlerin özül hakları konusunda vermiş olduklarını kararlar aleyhine yargı yolunu kapatan 144. maddesinin açık hükmüne rağmen AYM, eski tarihli bir kararında; Aslında yargı denetimi, Hukuk devleti ilkesinin öteki öğelerinin de güvencesini oluşturur temel öğedir. Çünkü insan haklarına saygı olmayan ve davranışlarında hukuka ve Anayasaya uymayan bir yönetim, bu tutumdan caydıran ve onu meşru hale getiren ve hukukiğin sınırı içinde kalmak zorunda brakan güç, yargı denetimi güçü ve yetkisidir.... Şikayete uğrayan veya denetim sırasında hakkında soruşturma açılan hakim, Yüksek Hakimler Kurulu kararlarıyla meslekten çıkarabilecek, fakat hakim, bu karara karşı yargı yerine

başvuramayacaktır. Bunun hukukla bağdaşır bir yönü yoktur. Bu nedenlerle Yüksek Hakimler Kurulu kararlarına karşı yargı yerine başvurulamaması Cumhuriyetin hukuk devleti niteliğine ters düşer...“

Bu nedenle Yüksek Hakimler Kurulu kararlarına karşı yargı yerine başvurulamaması Cumhuriyetin hukuk devleti niteliğine ters düşer...

XIX. yüzyılın ikinci yarısında, genel bir yargı denetimi düşünüşesi henüz yerleşmiş değil. İdare her durumda yargusal denetimde tabi olmayıp bu ancak bir idari işleme dayanak olan kanunda yargusal denetim için özel bir hükümünün bulunması halinde mümkün olabiliyordu. Yargısal denetim düşünüşesi zaman içinde sürekli olarak bir genelleşme ve olgunlaşma sürecinden geçerek bugünkü halini almış, hukuk devleti adeta ‘hukuk yollarına başvurma devleti’ olmuştur. Bu çerçevede olmak üzere hukuk devletinin etkinliğini artırabilmek amacıyla, yargı bağışıklıklarının asgari düzeyde olması gerekir. Özellikle idari yarguda ‘ayrılabilir işlem kuramı’325 daha sık başvurularak bağışıklık alanı daraltılmalıdır.

Hemen belirtmeliyiz ki, hukuk devletinde var olması gereken yargusal denetim, sadece idari organların kamusal yetkiye dayanarak yapılırken, yargı bağışıklık alanında da olmak üzere hukuk devletinin etkinliğini artırabilmek amacıyla, yargı bağışıklıklarının asgari düzeyde olması gerekir. Özellikle idari yarguda ‘ayrılabilir işlem kuramı’325 daha sık başvurularak bağışıklık alanı daraltılmalıdır.

324 Doehring, 2001, s. 211.
326 Chevallier, 2010, s.77.
denge temel hak ve özgürlükler bakımından çok önemli olup söz konusu dengenin varlığı ve devamının güvencesi de anayasa yargısıdır.

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

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

327 Raz, 2008, s. 156.
bağımsızlığı, hukuk devletini oluşturan bütünselliğin içinde çok önemli bir yer işgal etmektedir. Kanaatimize, bağımsızlığın olmadığı bir yerde yargısal denetim, devletin sahip olduğu iktidarı ve bundan kaynaklanan yetkilerin kullanımını pekiştirmeye yarayan bir mekanizmaya dönüşür. Şiddet tekelinin de söz konusu amaçları gerçekleştirmeye yarayan araçlardan biri olduğu düşünülüründe böyle bir temel hak ve özgürlükler düzenleme yargının, özgürlükler bakımdan en az yürütme ve idare kadar tehlike taşıyacağı açıklar.

b. Maddi Hukuk Devleti

Hukuksal pozitivizmi şiddetli bir şekilde savunan Kelsenci yaklaşım bile hukuk devleti düşüncecinin altında yatan bazı gerekliklerin olduğunu kabul etmiş; hukuk devletinin, hukuk normlarının sadece hiyerarşik bir bütün oluşturacak şekilde bir araya getirilmesinden ibaret olamayacağını, bu normların içeriklerinin de dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Hukuk devletinin maddi anlayışı ya da boyutu; hukuk devletinin, yürütülteki hukukun şekli bir üstünlüğüyle değil, aynı zamanda belli bir içeriğiyile nitelenmesini ifade etmektedir. Başka bir ifadeyle, şekli sınırlamalarla ek olarak hukukun içeriğine ilişkin bazı maddi sınırlamaların da olması ve hukukun toplumsal amaçların yönünden yeniden inşa edildiği zamanın biçimsel zarfından başka bir şey değildir.

Hukuk devleti ‘herhangi bir hukukun devleti’ değildir; temelinde bir ‘değerler ve ilkeler’ bütünü yatan bir hukukun devletidir. “Hukuk devleti göstereni, ancak belli bir gösterilenle ilişkili olması halinde anlamlıdi; normlar hiyerarşisi, iktidara ve özgürlüklerle ilişkili maddi bir kavramı kayda geçirmek ve korumakça, o kavramın biçimsel zarından başka bir şey değildir.”

329 Chevallier, 2010, s. 90.
330 Sancar, 2000 (c), s. 35.
331 Neuman, 2008, s. 559.
332 Özcan, 2008, s. 209.
333 Ayırtılı bilgi için bkz. Ökçesiz, 1994, s. 94.
334 Ayırtılı bilgi için bkz. Kaboğlu, 2006, s. 287.
335 Chevallier, 2010, s. 91.

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

336 Ayrıntılı bilgi için bkz. Dworkin, 2008, s. 298; Turhan, 2011 (a), s. 22; Metin, 2008 (b), s. 578.
337 Neuman, 2008, s. 558.
338 Sancar, 2000 (c), s. 35.
339 Ökçesiz, 1994, s. 94.
340 Küçük, 2008, s. 355.
341 Özcan, 2010 (b), s. 534.
gibi insan onuruyla bağlılaşması mümkün olmayan yollara başvurulmasını olağanlaştırıp belli ölçüde meşrulaştırabilir; kamu hizmetine girme hakkını bir etnik ve dinsel gruba özgü hale getirebilir. Bütün bunların hayata geçirilmesi sağlayacak şekilde anayasaya hükümler getiren veya var olanları değiştiren çoğunluk, söz konusu uygulamaları bağlamış, etkin bir yargının denetimine tabi tutarak da gerçekleştirilme imkanına sahip olur. Böylelikle, hukuk devletinin biçimsel içeriğine uygun davranması mümkün olmayan uygulamalarını değiştirerek belirli ölçüde meşrulaştırabilir. Ancak hukuk devletinin bu uygulamaları, başa anayasaya olmak üzere kanunların belli bir içerikte olmasını gerektirir. Bu anayasaya ulaşılan, işkence ve angarya izni, etnik ve dinsel temelli ayrımcılık örnekleri evrensel hukuk ve hukukun genel ilkeleri ile bağdaşmamaktadır.

Ayrıca temel hak ve özgürlükler, anayasada açıkça düzenlenmemesine bile hukuk devleti düzenlerini benimseyen her anayasasının doğa içeriğini oluşturmaktadır. Örneğin Fransa'da 1875 Anayasası temel hak ve özgürlüklere yer vermediği halde, söz konusu dönemde hukuki varlıklarını sürdürmüşlerdir.432 Bu husus doktrinde, 'anayasallaştırma' süreci olarak adlandırılmaktadır. Bu anayasallaştırma, artık yalnızca kurumlarla ve normlarla değil, aynı zamanda özgürlüklerle de ilgilendi bir anayasa hukukunun alanını önemli ölçüde genişletmiştir. Böylelikle bir hukuk devletinde, anayasaya karşılanan ve kanun koyucunun her türlü müdahalesinden korunmuş bir kurallar bütününden oluşan 'anayasallık bloğu' ortaya çıkmaktadır.433 Hukuk devleti sadece tek boyutlu bir şekilde devlet faaliyetlerini sınırlamakla kalmaz, aynı zamanda bireyler arasındaki ilişkilerde de kapsayacak şekilde temel hakların korunması için devlete bir takım sorumluluklar yükler. Kanaatimize bu yönlü biçimli hukuk devleti; devlet iktidarının sınırlanmasında başvurulacak araçlar ve bunların niteliğiyle ilgiliyken, maddi hukuk devleti; sınırlamanın ruhu ve amacı bakımından evrensel ilkeler getirmekte; bu ilkeler de insan hakları temelinde

432 Neuman, 2008, s. 560; Schmitt, 2008, s. 122.
433 Fransa'da anayasallık bloğu, yasama organının uymak zorunda olduğu anayasal değerde kurallar ve ilkelerin bütünü olarak tanımlanmaktadır. GÖZLER, Kemal, "Türk Hukukunda Anayasallık Bloğu Kavramına İtiyip Var mıdır?", AÜSBFD, C.55, Sy.3, 2000, s. 82.
434 Chevallier, 2010, s. 105; Anayasallık bloğu ifade etmek üzere, 'ölçü normlar' kavramı da kullanılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, 2000, s. 82.
şekillenmektedir. Bu çerçevede, kanunların egemenliği kavramı her şeyden önce, kanun koyucunun kendisinin de kanunlarla sınırı olmasını ve kanun koyma yetkisinin keyfi bir idare aracı olarak görülmemesi anlamına gelir. Bunun için de kanunların, doğruluğ, akıllılık ve adalet gibi belli niteliklere sahip olması gerekir.345

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

Diğer taraftan hukuk devleti aynı zamanda bir bilinçtir. Şöyle ki, bir toplumda hukuk devletine olan inanc çok güçlü ise, yasama ve yargı organları kendilerini bu ilkeyi daha fazla olarak dikkate almak zorunda hissedecektir. Ayrıca, hukuk devleti ilikeleri uygulanamayacak nitelikte üç kurallar olarak görülürse hatta bununda ötesinde, istenmese ve insanlar bu nedenle tekelin sahibi tek varlık olarak devletin bu güç üzerinde yükselen bir organizasyon olması değil, üstün bir hukuk anlayışı ve bu hukuku meydana getiren evrensel normlar oluşturmaktadir.350

Hukuk devleti artık devletlerin iç meselesi olmayıp, aynı zamanda bir bütün olarak uluslararası toplumu da ilgilendirmektedir. Bu gelişme, BM’nin kurulmasından önceki dönemde var olan uluslararası hukukta düşünülmesi dahi çok zor olan bir olguydu. BM, bu çerçevede bir dönüm noktası oluşturmuştur. Hukuk devleti insan hakları temelinde uluslararası nitelikte bir nitelik kazanmıştır. Söz konusu süreç içerisinde hukuk devletinin tanımında amaç ve değer önemli hale gelmiş, kanunilik mesruluğun gerekli ancak tek başına yeterli olmayan

---

345 Schmitt, 2008, s. 131.
347 Ökçesiz, 1994, s. 103-104.
348 Raz, 2008, s. 150; Marmor, 2008, s. 175; Dworkin, 2008, s. 298
350 Hayek, 2008, s. 83.
şarti olarak kabul edilmiştir. Böylelikle “Maddi hukuk devleti: Meşruluk= Kanunilik+ Amac” formülasyonu; ortaya çıkmış devletin kamusal yetkiye dayalı faaliyetlerinin meşruluğunu; bunların, maddi hukuk devletinin amaç ve değerlerine uygunluğunu belirler hale gelmiştir. Artık bugün bütün anayasal devletlerde en üstün hukuksal metin olan anayasada yer alan bir temel haklar bütününün, hukuk devletinin temelini oluşturduğu kabul edilmektedir.

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

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

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

351 Sançar, 2000 (d), s. 87.
352 Chevallier, 2010, s.104.
353 Dworkin, 2008, s. 298-299.
354 Özcän, 2008, s. 207.
355 Küçük, 2008, s.355.
Hemen belirtilmelidir ki doktrinde sosyal devlet ile hukuk devleti düşüncesinin birbirileyle çeliştiğini öne süren görüşler bulunmaktadır birlikte 357 hukuk devletinin amacını teşkil eden özgürlük, bireyin kişiliğini serbestçe geliştirilmesi temeli üzerine yükselmektedir. Oysaki bu temel, içinde yaşamış olduğumuz endüstri toplumunun gereklileri karşısında tehdit altında olup şekli hukuk devleti kurumları söz konusu tehdidi ortadan kaldıramamaktadır. Üstelik bu durum sadece sosyal açıdan güçsüz kesimlerle sınırlı olmayıp tüm bireyleri kapsamaktadır. Müllkiyet sahibi olmanın özgürlüğün garantisi olduğu zamanlar artık geride kalmıştır. Bu nedenle tüm toplumsal sınıfların özgürlüğünün korunması için sosyal devlet ve uygulamalarına ihtiyaç bulunmaktadır. Sosyal yardım, sosyal barış, sosyal koruma başka bir ifadeyle, sosyal devletin üç önemli fonksiyonu sayesinde endüstri toplumunun tehlikelerine karşı hukuk devletinin kişiliğin serbestçe geliştirilmesi amaçına ulaşılabilecektir. 358 Bu yönüyle sosyal devlet olgusu, insanların bireysel hak ve özgürlüklerden gereği gibi yararlanmayı başaramadığı ya da bu konuda etkisiz kaldıgı durumlarda bunların devlet tarafından güvence altına alınp uygulanmasının bir tür garantörü olmaktadır. 359 Günümüzde açık tehlikesiyle karşı karşıya olan bireyin ifade, toplanma ve örgütlenme özgürlüğü ile ilgilenmesi mümkün değildir. Devlet sosyal yardım ve koruma fonksiyonu ile söz konusu tehlkeyi ortadan kaldıracak şekilde bu özgürlükler bakımından bir güvence sağlamakta.

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

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

358 Gören, 1997 (b), s. 132-133.
360 Gören, 1997 (b), s.133.
düşünceye göre, hukuk devletinde maddi değerlerin de gerçekleştirilmesi gerekir ve böylece ‘değerlere bağlı hukuk devlet’ ortaya çıkacaktır. Başka bir ifadeyle, bu kavram sadece güvenlik ve hesaba katma-öngörebilme unsurlarını değil bir bütün olarak maddi adalet unsurlarını da içermektedir.361 AAM’nin bir kararında konuya ilgili şu görüşlere yer verilmiştir: “Hukuk devletinin öğelerinin içine... hukuksal güvence ve maddi doğruluk veya adalet de girer.”362


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

361 Doehring, 2001, s. 215.
362 BVerfGE 7, s.922 den aktaran: Doehring, 2001, s. 215.
363 Doktrinde, adalet kavramı kendi içinde maddi ve şekli adalet olmak üzere ikiye ayrılırlar incelenmekte, bunlardan maddi adalet anlayışı; insan haklarına yönelik bir toplumsal ve bireysel talebi karşılamak üzere kullanılmakta, insan haklarıyla eş değer görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Uygur, 2004, s. 29.
364 Bielefeldt, 2008, s. 274.
365 Özcan, 2010 (b), s. 529.
otoriter devletlerden ayrılıp 

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

Diğer taraftan hukuk devletinde güvenlik politikalarının mesruluğu da temel hak ve özgürlükler bakımından yapılacak bir değerlendirme sonucu ortaya çıkmaktadır. İkisi arasında ortaya çıkan çatışmada yapılacak tercih genelde özgürlük ikişin normatif bir etki şeklindedir. Öncelikle bu tercih özgürlüğün normatif bir etki formuna sahip olmasından kaynaklanır. Bu yüzden özgürlüklerin haklı gösterilmesine, gerekçelendirilmesine gerek yoktur. İspat yükü tersinedir. 


366 Bielefeldt, 2008, s. 274. 
367 Schmitt, 2008, s. 121. 
368 Bielefeldt, 2008, s. 276. 
369 Bielefeldt, 2008, s. 276. 
370 Bielefeldt, 2008, s. 274. 
372 Hegel, Elements of the Philosophy of Right, s.366’dan nakleden, Arslan, 2008 (d), s. 57.

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


---

373 Arslan, 2008 (d), s. 57.
374 Erdoğan, 2001, s. 55.
375 Arslan, 2008 (d), s. 58.
377 Ayrıntılı bilgi için bkz. Erdoğan, 2001, s. 49.
378 Sancar, 2000 (f), s. 48-49.
hükümet kavramı da siyasal ve sosyal politikaların, devletin beşarı çerçevesinde belirlenip uygulandığı bir anlayış ifade etmektedir.

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

Doktrinde; bu anlayışın günümüzde de geçerli olduğu belirtilmekte ve İngiltere'de, İrlanda terörüyle mücadele etmek için olağan yargısal usullerin yerine ikame edilen devleti merkezine alan usulleri gömezden gelme tavrının altında yatanın bu anlayış olduğuna işaret edilmiştir.381 Schmitt’in devlet anlayışında; ‘olağanüstü hal kavramı’ son derece önemli olup, egemen gücün kim olduğu olağanüstü hale karar veren, olağanüstü hale karar veren ve yetkilerini meşruluğu yine hukuk düzeninin kendisi tarafından ortaya konulmaktadır.

Doktrinde; bu anlayışın günümüzde de geçerli olduğu belirtilmekte ve İngiltere'de, İrlanda terörüyle mücadele etmek için olağan yargısal usullerin yerine ikame edilen devleti merkezine alan usulleri gömezden gelme tavrının altında yatanın bu anlayış olduğuna işaret edilmiştir.381 Schmitt’in devlet anlayışında; ‘olağanüstü hal kavramı’ son derece önemli olup, egemen gücün kim olduğu olağanüstü hale karar veren ve yetkilerini meşruluğu yine hukuk düzeninin kendisi tarafından ortaya konulmaktadır.382 Hemen belirtilmelidir ki olağanüstü hale karar verme yetkisi bunun süresini de belirlemeyi içereceğinden bu düşünce yapısında, temel hak ve özgürlükler

379 Sancar, 2000 (d), s. 89.
381 Syprnowich, 2008, s. 326.
kısmi bir nitelik kazanacak, varlıkları egemen gücün iradesine göre şekillenecek, her türlü yönlendirmeye açık olacaktır.

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

Söz konusu bu koruma, devletin şiddet tekelinin bireylere uygulanmasıyla da yakından ilgili bir husustur. Oysa ki, zorlayıcı tedbirlerin gerek seçimi gerekse uygulama şartları anayasal bir devlette ancak hukukun çizdiği sınırları içinde olmalıdır ki bu husus aslında devletin her koşulda ulusal ve bazı hallerde uluslararası yargı denetimi altında olmasını gerektirmektedir. Olağanüstü dönemlerde devletin karşı karşıya kalması olduğu tehlike, hukukun sınırları yönünü askıya alıp onun olmadığını bir toplumsal alan yaratma imkanını tanımaz. Anayasal devletlerin anayasaları, devletin böyle bir durumda her türlü hukukalı usul ve güvenceden vazgeçileceği, kendi veyeceği karara göre bireyleri hukuk düzeni dışına iterek onları hukuk süresi konumundan uzaklaşmış haklara sahip olma haklarını gasp edilebileceği düşündesinin reddi temelinde şekillenmiştir. Doktrindeki tabirle,
anayasal devlet, kendi varlığını savunmak için hukuk devleti aleyhine ortaya çıkacak
bu türden maliyete kesin bir dille hayır demektedir.\textsuperscript{384}

Kanaatimize hukuk devleti; bireyin, başta doğası gereği vazgeçilmesi,
devredilmesi mümkün olmayan haklarının korunduğu ve bu yöneyle de olağan-
normal olan bir toplumsal hayatı inşa etmek amacıyla ortaya çıkmıştır.\textsuperscript{385}
Anayasal düşünce ve bunu hayata geçirilen hukuksal araçlardan biri olan hukuk
devleti düşünce; devlet İktidarını, sınırlarını evrensel hukukun belirlemiş olduğu bir
çerçeve içine alarak, başta özgürlükler olmak üzere hukuk devletini oluşturutan tüm
değerlere öncelik ve üstünlük tanımaktayken söz konusu anlayış tercihini devlet ve
onun iktidarından yana yapmaktadır. Biçimsel anlamda hukuk devletini hayata
geçiren normatif düzenlenmelerin varlığına rağmen devletin özellikle kamusal yetkiye
dayalı tüm faaliyetlerinde hukukun üstün kılınarak bireysel hak ve özgürlüklerin
güvence altında alınmasını gerçekleştirelimyorsa burada hukuk devletinin varlığından
bahasilemez. Bu nedenle, devlet akıl düşünceine dayanan devletin, hukuk devleti
anlayışı ile bağdaşması mümkün değildir.

Bu konuda özetle şu not belirtmek gerekir ki; biçimsel ve maddi hukuk devleti
anlayışları, hukuk devleti düşünceinin birbirini tamamlayan iki farklı boyutunu
oluşturmaktadır. Bu yöneyle bir diğerine alternatif olmayıp birinin varlığı diğerinin
ortadan kalkmasını gerektirmesi gibi aksine kuvvetlendirmektedir. Karşılıklı bir
etkileşim söz konusudur. Maddi hukuk devleti; başta özgürlükler olmak üzere
anayasal devletin özünü oluşturan bir değerler manzumesi, ulaşılması gereken
amaçlar programı ve dinamik bir süreç iken biçimsel hukuk devleti, tüm bunları
hayata geçirerek biçimsel nitelikteki garantilerden oluşmaktadır. Örneğin, hukukun
özgürlikler temelinde oluşturulduğu ancak bunu hayata geçirerek etkili ve başmsız bir
yargısal denetimin olmadığı bir hukuk devleti anlayışı ne kadar yetersiz ise bu
hususların olduğu ancak hukukun, özgürlik hassasiyeti taşımaktan uzak bir şekilde
ihlalleri önleyecek içerikte oluşturulmadığı hukuk devleti de aynı ölçüde yetersiz
kalacaktır. Dolayısıyla anayasal devlet bakımından söz konusu iki hukuk devleti
anlayışı bir bütünün ayrılmaz parçalarını oluşturmaktadır.\textsuperscript{386}

\begin{itemize}
\item \textsuperscript{384} Klen, 2014, s. 657.
\item \textsuperscript{385} Benzer yöndeki görüşler için bkz. Özcan, 2008, s. 201.
\item \textsuperscript{386} Aksi yönde görüş için bkz. Doehring, 2001, s. 216-217.
\end{itemize}
B. KUVVETLER AYRILIĞI

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

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

Kuvvetler ayrılığı ilkesi düşünsel dünyadaki gelişimini tamamladıktan sonra ilk yazılı anayasa olan ABD Anayasası ile uygulanmaya konulmuş; bu tarihten itibaren de anayasal devletlerinin vazgeçilmezi olmuştur.389 Hukuksal olarak kısaca, devlet iktidarını tabir yerindeyse örnelemek, dolayısıyla bireylerin özgürlülklük temelinde hukuksal güvencesini sağlamaya yönelik fren mekanizmalarını sağlamak için öngörülen ilke kullanılır. Bu ilke, anayasada belirtildiği üzere, anayasal devlet kavramıyla birlikte mevcuttur.390

387 Roellecke, 2014, s. 69.
389 AKGÜL, Mehmet Emin, “Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Dönüşümü ve Günümüz Demokratik Rejimlerindeki Anlamı”, ABD, Yıl:68, Sy. 2010/4, s. 81.
oluşturmak anlamına gelen kuvvetler ayrılığı ilkesi bir siyasal örgütlenme modeli olarak da bireyin özerkliği ve ara grupların oluşturduğu sivil toplum anlayışının birlikte meydana getirdikleri bir yapıdır.391

1. Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Düşünsel Gelişimi

Kuvvetler ayrılığı ilkesi her ne kadar Montesquieu’nün adıyla özdeşleşmişse de ilkenin düşünsel temelleri İlkçağ’a, Eski Yunan düşüncesine kadar uzanmaktadır.392 Aristo, Eflatun, Çiçero, Machiavelli, Locke ve Montesquieu’dan bu yana hep, ‘Devleti yönetme gücünün tamamının, bir kişi veya bir grupta toplanmasının, mutlak olmayıp yoldaçağ’ endişesi ve bunu önlemek düşüncesi bulunmaktadır.393 Montesquieuda her siyasi doktrinde olduğu gibi kendisinden öncekilerden etkilenenlerle birlikte onlardan farklı olarak ilkeyi, özgürlüklerin garantisi olarak görmektedir.394

Söz konusu ilke ilk olarak Aristoteles tarafından ortaya konmuştur.395 Politika adlı eserinin IV. Kitabının on dördüncü bölümünde, bir anayasanın sahip olması gereken nitelikleri belirtirken söz konusu ilkeyi özen olarak ifade etmiştir.396 Ortaçağda, Saint Thomas, özgür bir hükümetin dayanması gereken temelleri ortaya koyarken yasama ile yürütmenin birbirinden ayırılmışını düşünmüştür ancak bunları mutlak bir şekilde ayırmanızdır. Aynı çağda yaşayan Marsile de Poda de onun etkisinde kalırdır.397 Yeni Çağ’a gelindiğinde Bodin, mahkemelerin bağımsız olması gerektiğini düşüncesi düşünselinde olmuş, mahkeme kararlarının gerek ortaya çıktığı gerekse uygulanmasının prenslerin iradesinden bağımsız olması gerektiğini düşünmüştür.398

391 OKTAY, Cemil, “Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Yargı Açısından Anlamı ve Türkiye Örneği”, AYD, Sy.1, 1984, s. 215.
393 GÜRAN, Sait, “Anayasa’nın Kuvvetle Ayrılığı İlkesine ve Yönetim Yargı İlişkilerine Bakış Açısında Değişiklik”, AYD, Sy.11, 1994, s. 193; Oktay, 1984, s. 217.
396 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ARİSTOTELES, Politika, Çev.: Mete Tunçay, Remzi Kitapevi, İstanbul 1975, s. 132 vd.
397 Akipek, 1950, s. 171.
savunmuştur. Kuvvetler ayrılığı düşüncesi, Locke ile net bir hukuk ve siyasal teori niteliğini kazanmıştır, günümüzde sahip olduğu fonksiyonlarına en uygun olacak bir şekilde ortaya konmuştur.

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


398 Locke, 2004, s. 103-105.
399 Locke, 2004, s. 123.
yürütme yetkisinin bir parçası olursa, o zamanda özgürlüklerle karşı devletin baskı imkânı artacaktır.\footnote{Ayrıntılı bilgi için bkz. Montesquieu, 1998, s. 233-236.}

Yargının, yasama ile yürütmeden ayrı ve bağımsız olmaması durumunda bir özgürlük ortamının var olamayacağını söleyen Montesquieu’nün düşünceleri Devrimden sonra anayasa hareketlerinin esin kaynağı ve temel ilkesi olmuştur.\footnote{Abadan, 1952, s. 238; Oktay, 1984, s. 217.} Hemen belirtmek gereki ki kuvvetler ayrılığı ilkesine yer vermekten siyasal yapıların bir anayasasının olamayacağı da açıktır. Bu yönde Anayasa, kuvvetleri kullanacak organları, bunların fonksiyon ve bu çerçevedeki yetkilerini, aralarındaki denge ve işbirliğinin ilke ve kurumlarını ortaya koyan yazılı bir belge olup böylelikle yönetenlerin gerek kendi aralarındaki gerekse yönetenlere karşı olan sınırları tespit edilmiş olmaktadır. Locke ile Montesquieu’nun hareket noktaları aynı olup temeli, devlet iktidarın tek elde toplanmasını dolayısıyla da güç yoğunlaşmasını engellemek suretiyle onu kısmi hale getirip sınırlarını tespit edilmiş olmaktadır. Locke ile Montesquieu’da, sadece devletin belli bir faaliyet şekli olarak değil, Aristo’dan farklı olarak özgürlük temelli bir yaklaşıma ayak koyp koyan anayasalar ve kanunlara uygun olarak faaliyete bulunan bir devlet ve idare düşüncesinin egemen olduğunu göstermektedir. Böylece bir devlet ve idare, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin hayata geçmesini sağlayacak olan bir mekanizmanın ortaya çıkmasına neden olacaktır. Yeniçağ tabi hukukunun etkisi altında gelişmiş olan bu düşüncenin izlerini Aristo’da bulmak mümkün değildir.\footnote{Abadan, 1952, s. 238.}

2. Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Hukuksal İçeriği ve Günümüzdeki Anlamı

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

79
sınırları belirleyen hukuk kurallarını ihdas eden yaıma, bu kuralların hayata geçirilmesi hususunda hem sorunlu hem de yetkili olan yürütme, yasamanın kanunları anayasaya ve uluslararası insan hakları sözleşmelerine uygun olarak koymasını (anayasa yargı), yürütmenin eylem ve işlemlerinin yasamanın koşmuş olduğu başta anayasa ve kanunlara uygunluğunu (idari yargı) ve ayrıca bireylerin fiilleri ile pozitif hukuk düzenini arasındaki ilişkiyi denetleyen (medeni ve ceza yargı) yargı organlarının meydana getirdiği bütünsel yapdır.


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

---

403 Özbudun, 1995, s. 144-145.
404 DURSUN, Hasan, “Erkler Aydınlığı ve Yargıç Bağmsızlığı”, TBBD, Sy.80, 2009, s. 42.
söz edilebilir. Bu iş görüşelliklerin nitelikleri ve kapsamını zamana, topluma ve siyasal sistem şeklinine göre büyük farklılıklar gösterebilir. Ancak kamu hukukunu asıl ilgilendiren iş görüşellikler, devletin maddi nitelikteki iş görüşellikleri değil, hukuksal nitelikteki iş görüşellikleridir.\textsuperscript{405}


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

\textsuperscript{405} Dursun, 2009, s. 42.
\textsuperscript{406} Turhan, 2005, s. 88.
\textsuperscript{407} Abadan, 1952, s. 236.
\textsuperscript{409} Esen, 1970, s. 250.
\textsuperscript{410} ERDEM, Fazıl Hüsnü, “Amerikan Siyasal Sisteminin Temel Özellikleri”, İçinde: Prof.Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan, İstanbul 1997, s. 150.
yapımı, kuralların uygulanması ve kurallara göre hüküm verme sadece teorik düzeyde birbirlerinden ayrılabilir, ama uygulamada bunları ayrılamak imkânsızdır. Yeni kural koyan ister istemez bir eski kuralı uygulayarak bunu yapmakta ve bir başka kurala göre de hüküm vermektedir.\(^{411}\) Kuralların uygulanması beraberinde yeni kuralların yaratılmasını da gerektirmekte olup, kurallara göre hüküm vermekten de ayrılabilir bir olgu değildir.\(^{412}\)

Bir başka açıdan kuvvetler ayrılığı, her şeyden önce otoriter bir anlayışa olan karşılığının anayasal ifadesi\(^ {413}\) olup hareket noktası; devlet iktidarını çeşitli şekillerde elinde bulunduran kişi veya grubun sahip olduğu kamusal yetkileri kötüye kullanma potansiyeline sahip olduğu ve söz konusu potansiyel reele dönüştüğü zamanda bunu kendisi gibi kamusal yetki kullanan başka bir güç odağının yetki sınırı ile karşılaşana kadar da devam ettireceği, bu nedenle de iktidarın iktidarla durdurulması gerektiği düşünmesine dayanmaktadır. Söz konusu düşünce daha öncesinde de belirtilmiştir ve Montesquie’dan önce de vardı, ondan sonra da devam etmiştir. Amerikan Anayasası, onu ortaya koyan kimseler tarafından pek çok temel ilke üzerine kurulmuştur. Bunlardan biri; hükümetin adil ve halkın temsilcisi olması ilkesidir. Buna ulaşmak için de onun kuvvetler ayrılmını hayata geçirecek şekilde düzenlenmesi gerekir.\(^ {414}\)


---

\(^{411}\) TURHAN, Mehmet, Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası, DÜHFY, Diyarbakır 1989, s. 11.
\(^ {412}\) Turhan, 1989, s. 11.
\(^ {413}\) Starck, 2005, s. 25.
\(^ {414}\) PLONO, Katie, “Checks and Balances in American Government”, American Center e Bulletin, Sy.11, 2011, s. 1.
Başka bir ifadeyle iktidar, iktidarla durdurulacaktır. Hiçbir gelenek, uzlaşma yada ideoloji devlet gücünü, tek başına kontrol altında tutamaz. Öyle anayasa düzenlemeler yapılmalıdır ki, her bir iktidarın kendisini dengeleyecek yetkilerle donatılmış bir asimetriği bulunmalıdır. Böylelikle keyfîlik önlenip, her türlü iktidar odağının yetki kullanımyla hukuk aleminde meydana gelen asırlıklar ortadan kaldırılacak; iktidarı dizginlemek suretiyle özgürlük alanı genişleyecek dolaysıyla kamu yararı gerçekleşecek. Çünkü anayasal devletteki kamu yararı, bireysel özgürlükler temelinde inşa edilmişdir.

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

Deyim yerindeyse devlet iktidarını örseleyerek bireylerin temel hak ve özgürlüklerini korumaya dönük fren ve denge mekanizmalarının bütünü olan kuvvetler ayrılığı, ‘yettelkiler belirli ve sınırlı hükümet’ kavramını da içermektedir. Başka bir ifadeyle, kuvvetler ayrılığı; sınırlı iktidar ve devlet yaratma çabasıdır.

Doktrinde bu nedenle, XIII. yüzyılda kralın yetkilerinin sınırlandığı Magna Carta’da söz konusu ilkenin başlangıç düşüncelerine rastlanmanın mümkün olduğu belirtilmektedir.

Diğer taraftan kuvvetler ayrılığı; her bir kurumun, sınırlanılarak herhangi bir etkinliği olmayan yetki alana sahip olması biçiminde zayıflık anlamında değildir.

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


---

422 Friedrich, 1999, s. 37.
423 Oktay, 1984, s. 223-224.
424 Yavuz, 2010, s. 57.
oluşturmuştur. Ancak Locke, devlet iktidarının ağırlıklı kısmını teşkil eden yaşama organının sınırsız bir güçe sahip olmadığını, yapılmış olduğunu düşündüğü sosyal sözleşmeyi ihlal ederek, bireylerin, mülkiyet ve özgürlüklerini ortadan kaldıran bir yaşama organının varlığı durumunda toplumun bu sözleşmeye ve dolayısıyla da yaşama organına uymayacağını belirtmiştir.425 Başka bir ifadeyle yaşama, hangi gerekçeye olursa olsun, bireylerin temel haklarını ihlal eden kanunları çıkaramaz. Devletin kanunları sözleşmeye, bu ise özgürlüklerle dayanamakta olduğundan, kanunların tek amacı özgürlükleri korumak olmalıdır.


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

425 Arslan, 2008 (b), s.28; Ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, 2007, s. 57.
426 Güran, 1994, s. 194.
427 ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, Devlet Kudretinin Sınırlanması, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1963, s. 86-87.
428 Oktay, 1984, s. 222.
430 Turhan, 2005, s. 90.
faaliyetlerini denetlemesi, bu yolla da dengeleyip frenlemesi anayasal devleti ortaya çıkarakacak, böylelikle bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin devlet iktidarı karşısında korunması ve güvence altına alınması mümkün olacaktır.

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

Bu şekilde despotizmi kendi araçları ile önleyebilecek olan bir yapı tasarılanmış olmasına rağmen bu, uygulamada düşünülmüş oladan çok farklı sonuçlar ortaya çıkarmış; klasik kuvvetler ayrılığı ilkesine dayanan ABD Anayasasının hayata geçirilmiş olmasının ortaya çıkma olayları dikkat çekici nitelikte olmuştur. Gerek yargısal kararlar gerekse bazı usul ve teamüller yoluya, yasama ve yürütme organları arasında asgari düzeyde bir işbirliğini sağlayıcı temas noktaları kurulmuştur.431 Hatta bir adım daha ötesinde, bu düşünceyi ortaya koyanların aklından bile geçirmediği bir şekilde söz konusu ilkenin uygulamada kazandığı görünüm yürütme organı lehine olmuştur.432 Kuvvetler ayrılığı ilkesinin bugün için anlam ve kapsamlı ilk ortaya çıktığı dönemlerdeki algının tersine, çok daha dar bir hukuksal çerçeve içinde oturtmuş olup, günümüzdeki devlet yönetiminin işleyişine uymamaktadır.

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

431 Akgül, 2010, s. 97.
433 ÖZKOL, Adil, "Çağdaş Parlamentör Demokrasisinde Kuvvetli İcra Eğilimi", AÜHFD, C.XXVI, Sy.1-2, 1969, s. 47.
devletlerinde yasama ve yürütmenin kesin bir şekilde birbirinden ayrılmış olduğu bir sistemi görmek pek mümkün değildir. Değişen şartlar, her iki organın birbiriyile ilişkilendirilmesini ve işbirliği yapmasını zorunlu hale getirmektedir. Anayasaçılık akımının ilk dönemlerinde var olmayan siyasal partiler, günümüzde büyük gelişme göstererek siyasal alanın gerçek hakimi haline gelmişlerdir. Eskiden yasama-yürütme ilişkisi ve dengelerine dayanan kuvvetler ayrılığı, yerini, iktidar-muhalefet partileri arasındaki ilişkiye bırakmıştır.


Gerek siyasi partilerin disiplini gerekse yürütme gücünü kullanan partinin sahip olduğu çoğunlukta dayanan yasama organında kuruluğu egemenlik, yasama

434 Yavuz, 2010, s. 105; Kapani, 1993, s. 286.
435 Özbudun, 1995, s. 19.
436 YANIK, Murat, Parti İçi Demokrasi, Beta Yayınları, İstanbul 2002, s. 62.
organının yerine getirmesi gereken denetim ve kontrol sistemini etkisiz bir hale getirmektedir. Bu durumda, yasama-yürütme ayrılığının eski önemini koruyamadığı bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak hemen belirtilmelidir ki, yasama organları, az ya da çok oranda toplumda var olan çeşitli düşüncelerin temsil ve ifade edilebildiği yer olma özelliğini devam ettirmektedir. Bu anlamda yasama ve yürütme arasındaki ayrım elbette ki varlığını korumaya devam etmektedir.\(^{438}\)

3. Kuvvetler Ayrılığı Bağlamında Yargı Bağımsızlığı

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

\(^{438}\) Akgül, 2010, s. 98.
\(^{439}\) Güran, 1994, s. 94.
\(^{440}\) ŞAHBAZ, İbrahim, “AIHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, AYD, Sy.25, 2008, s. 231.
karşısında bağımsızlığın tartışmasız bir şekilde sağlanması gerekir. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin bugün için bütün anlayım ve önemi yargı bağımsızlığı çerçevesinde ortaya çıkmakta olup bir adım daha ileri giderek belirtmek gerekirse, kuvvetler ayrılığı kavramı ile vurgulanmak istenen; yargı bağımsızlığıdır.\textsuperscript{441} Temel hak ve özgürlükler ancak bağımsız bir yargı aracılığıyla hayata geçebilecektir.

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

Diğer taraftan söz konusu ilkenin siyasal amacı özgürlük ve bağımsız yargı aracılığıyla hayata geçirilebilir. Bu özgürlüğün hukuki güvencesi de yargı organı olup faaliyet alanı, meşruluğunu almış olduğu anayasalarda belirlenmiştir. Yargının meşruiyetini çok hassas dengeler üzerinde durmaktadır. Demokratik rejimlere yargı meşruiyetini sonuç olarak bağımsız ve tarafsız olarak almaktadır.\textsuperscript{444} Siyasi bir devlet iktidarının ve bunu sağlamaya dönük olarak ihdas edilmiş olan kanunların egemenliğini, bireysel özgürlüklerin en önemli güvencesi olarak gören bir devlet yapılandırması hayata geçirme konusunun yerine getiren yargı, bunu ancak ve ancak siyasal alanda yaşanan sert ve yiprancı tartışmaların uzağında, bu çatışmalardan korunmuş bir ortamda gerçekleştirebilir. Çünkü siyasal alan, olabildiğince değişken ve hepsinden önemlisi tarafın talep ettiği bir yapılamayın takip ettiği gerektiği bir alan.\textsuperscript{445} Yargıdan özellikle de insan hakları çerçevesinde beklenilen misyon ve ona devlet iktidarından kaynaklı olarak verilen yetkilerin büyük olduğu dikkate alındığında yargının her şeyden önce bağımsız ve tarafsız olması gerektiğini de açıkça. Yasama ve yürütmenin, özgürlüklerle ölçüsüz bir şekilde ve önceden belirlenmiş usullerin dışında çıkararak müdahale etmesi

\textsuperscript{441} Doktrinde, yargı bağımsızlığını temelinde; kuvvetler ayrılığı ilkesinin olduğu belirtildiktedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KIRMAZ, Birol, Avrupa Birliği Sürecinde Hakimlerin Denetimi ve Yargı Bağımsızlığı, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 16.

\textsuperscript{442} YOKUŞ, Sevtap, Türkiye'de Yürütme Erkinde Değişen Dengeler, Yetkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 20.

\textsuperscript{443} Akgül, 2010, s. 98.

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

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

Bu hukuki bilinen anlamlar ve unsurlarıyla yargı bağımsızlığı ilkesi, düşünsel olarak XVII. yüzyılda Aydınlanma ve rasyonel hukuk çerçevesinde yuvarlanmış, XVIII ve XIX. yüzyıl burjuva devrimleri ve anayasal düzenlemeleleriyle de anayasal düzenlemelerdeki yerini almıştır.449 Yargı bağımsızlığı, özellikle de bireysel hak ve özgürlüklerin ön planda olduğu davalarla verilen tartışmalara neden olan kararların yargı sisteminin sorunlarıyla ilgili olarak yaşanan siyasi ve siyasal bakımdan ve hukuk alanında yapılan bilimsel tartışmalara varan geniş bir alanda kendisini göstermektedir. Mesele, anayasal devlet bakımından ise kendisini hukuk devleti ve kuvvetler ayrıllığı kavramları arasındaki fonksiyonel ilişkiler üzerinden göstermektedir.

Bir ülkenin ulaşmış olduğu gelişmişlik seviyesini belirlemeye başvurulacak ölçütlere de; özgürlüklerin ne ölçüde hayata geçtiğini de belirtir. Bu çerçevede özgürlüklerin en etkili güvencesi olan yargı ve adalet hizmetlerinin nasıl yerine


getirildiği büyük önem kazanmaktadır. Yargısal faaliyetler adalete hizmet ettiği sürece özgürlüklerin güvencesi olabilecektir. Bunun en başta gelen şartı ise onu yerine getirenlerin, başka bir ifadeyle yargıcı ve mahkemelerin bağımsız olmasını sağlamaktır. AYM, yargı bağımsızlığını, hukuk devleti ilkesinin temel unsurlardan biri; temel hak ve özgürlüklerin en etkin güvencesi; anayasal devletin olmasa olmasa olması olarak görmektedir.450 Herhangi bir güç odağının baskı veya yönlendirmesi altında yargısal faaliyetlerini yerine getiren bir yargının adalete ve özgürlüklerine hizmet edemeyeceği çok açıktr. Yargının bağımsız olması gerektiğine düşüncenin özellikle de günümüzde siyasal sistemi hangi nitelikte olursa olsun hemen hemen her ülkede çeşitli düzeylerde genel bir kabul görmesi konunun ne kadar önemli olduğunu göstermektedir.

Geçmişte de bu ilkeye yalnızca özgür demokratik rejimlerde değil, anti-demokratik, otoriter rejimlerde de yer verilmişdir. Öyle ki 1950’lerin Sovyet Rusyası’nda dahi söz konu ilke, bir anayasal prensip olarak yer almıştır.451 Bu ilkeye yer veren herhangi bir şekilde gerekli olmadığı, hatta bir bakımdan tehlikeli olduğu mutlak monarşilerde bile, örneğin katı bir mutlakıyet taraftarı olan Bodin tarafından savunulmuştur.452 Yargıç da aslında karar verirken hangi nedenden kaynaklanan kaynaklansın hiçbir odağın ya da kişinin etkisi altında girmeyen kişi demektir.453 O, bir davada uyuşmazlık halindeki menfaatler arasında adalet terazisinin dengesini ne eksik ne de fazla tartmadan bulmaya çalışacaktır. Bunun için de yargının, muhakeme dışı çeşitli değişiklere bağlı olmaksızın, onların baskı ve yönlendirmesinden uzak bir şekilde karar vermesi yani bağımsız olması gerekmektedir.454 Yargıçların söz konusu nitelikleri kazanacak şekilde yetiştirilmemesi için ayıran ve yasal düzenlemelerin, gerekli hukuksal ve fiili ortamları hazırlayacak nitelikte olması gerekir.455 Yargıçları diğer memurlardan ayıran en önemli özellik de onların bağımsız olup olmadığı. Hemen

450 2012/100 E, 2013/84 K, 04.07.2013. Bkz. 02.08.2013 tarihli ve 28726 sayılı RG.
451 KAPANİ, Münci, İcra Organı Karşısında Hakimlerin İstiklali, AÜHFY, Ankara 1956, s.1.
452 Sancar, 2000 (a), s. 182.
453 Şahbaz, 2008, s. 233.
454 GÖKPİNAR, Mahmut, Adil Yargılanma Hakkının Asgari Gerekleri Karşısında Türk Kamu Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s. 50.
455 Şahbaz, 2008, s. 233.
belirtilmek gerekir ki tarafsızlık ve bağımsızlık kavramları birbirinden farklı olup başka değerleri ifade etmekte biririnin etkisi altındadır. Bir yapı bağımsız olmasa bile tarafsız olabilir ve yine aynı şekilde tarafsız olmadan bağımsız da olunabilir. Bununla birlikte AYM’ın bir kararında, yargı bağımsızlığını; yargıçın, çekinmeden ve herhangi bir konuda endişe duymadan, Anayasa’nın öngörüdüğü gerekliliklerden başka hiç bir dış etki altında kalmadan, tarafsız bir tutumla, özgürlüce karar verebilmesi gerektiğini belirterek tarafsızlığın, yargı bağımsızlığını bir unsuru olduğunu vurgulamaktadır.

a. Bir İlke Olarak Yargı Bağımsızlığı


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

Grabenwarter, 2004, s. 200.
bağimsız olmasının mahkemenin bağımsızlığı sonucunu kendiliğinden doğuramayacağı için ayrıca bir mahkeme bağimsızlığı kavramına ihtiyaç vardır.\textsuperscript{462} Yargıç bağimsızlığı kavramını kullananlara göre ise, Türk Hukukunda 1982 Anayasa’nın ‘Mahkeme Bağımsızlığı’ başlıklı 138. maddesinin 1. fıkrasında, ‘hakimler Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler’ denmektedir. Söz konusu maddenin kenar başlığı her ne kadar ‘Mahkeme Bağımsızlığı’ ise de madde, içerik olarak yargıçlara yönelik olup onların bağimsızlıklarını sağlamak amaçlı ilkesel esasları hüküm altına almıştır.\textsuperscript{463} Bağımsızlık makamın değil süjenis-yargıçın bir niteliğidir.\textsuperscript{464} Hatta davacı ve sorgu yargıçlığı görevlerinin aynı kişilerde toplandığı sistemlerde bile bu tür görevlinin, davacı (savcı) sıfatıyla hareket etmesi veya etme olasılığının bulunmaması koşuluyla yargı bağımsızlığı savcılık mensuplarını da kapsaması gereken bir ilkedir.\textsuperscript{465}


\textsuperscript{462} Evik, 2004, s. 294; Keskin, 1998, s. 129.
\textsuperscript{463} Keskin, 1998, s. 130.
\textsuperscript{464} Dursun, 2009, s. 44.
Bağımsızlık genel olarak, iki organ arasındaki ilişkinin niteliğini açıklayan bir kavram olup, bu; bir organın fonksiyonel olarak diğerinin etki ve müdahalesi olmaksızın faaliyet gösterip görevini yerine getirebilecek imkânıdır. 


Söz konusu bu tanımlar 1982 Anayasası’nın 138. maddesinin 2. fıkrasındaki hükümle paralellik arzetmektedir. Daha öncesinde belirtiliği gibi, bireylerin temel hak ve özgürlüklerine gelebilecek en büyük tehlike her zaman için yürütme-idareden geleceği için çalışma bağlamında biz de bu tanımlara katılmıştır.

Diğer bir tanımda ise yargı bağımsızlığı, yargıçların (mahkemelerin) hukukun çizmiş olduğu sınırlar içinde her türlü etki ve baskıdan uzak bir biçimde özgür ve serbest iradeleriyle hukuksal uyuşmaz纨ları çözüp karara bağlamalarına imkan veren ortamın yaratılmasıdır. Yargıçın ve yargısal organların kendisinin de bağımsızlıktan dikkate alındığı, tarafşılığın bağımsızlığın bir unsuru olarak değerlendirildiği geniş kapsamlı bir başka tanımda ise, yargı bağımsızlığı; yasama, yürütme, bir başka yargı organı, kamuoyu ve yargıçın kendi inanç ve görüşlerinden etkilenmeden etkilenmeden bir başka tanında ise, yargı bağımsızlığı; yasama, yürütme, bir başka yargı organı, kamuoyu ve yargıçın kendi inanç ve görüşlerinden etkilenmeden karara bağlamalarına imkan veren ortamın yaratılmasıdır.

AİHM içtihatlarına göre, herhangi bir mahkemenin, yürütme ile yasama organlarının etki ve baskısı altında kalmaması, taraflarla herhangi bir hukuksi ya da fiili bağınin bulunmaması ve tek tek mahkeme üyelerinin yargısal görevlerini yaparken emir ve talimat almamaları bağımsızlık bakımından zorunlu unsurları

467 Keskin, 1998, s. 130.
468 Dursun, 2009, s. 44.
469 Günday, 2002, s. 46.
471 Kirmaz, 2009, s. 17.
oluşturmaktaadır. Söz konusu kararadan da anlaşılacağı üzere Mahkeme, tarafsızlığı bağımsızlığın bir unsuru olarak değerlendirilmektedir.472

AIHM, bir mahkemenin bağımsızlığını değerlendirmeırken, üyelerin atama ve görevden alma usulunun,473 görev süresini,474 üyelerine emir verme yetkisine sahip bir makamın olup olmadığını, üyelerin hukukun gereklerini dışındaki her türlü etkiden korunmasını sağlayan önlemlerin alınp alınmadığını475 ve mahkemenin bir bütün olarak bağımsız bir görünüm verip vermediğini denetlemektedir.476

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

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

478 Kırmaz, 2009, s. 17.
479 2012/100 E, 2013/84 K, 04.07.2013. Bkz. 02.08.2013. tarihli ve 28726 sayılı RG.
usulüne uygun olarak yürüttük karara bağlamak üzere kurulmuş olması gereklidir. 

Mahkeme ve yargıçların görevlerini huzur ve sıkın içinde, başta hayat ve kariyer olmak üzere her türlü endişe, maddi ve manevi baskı ve dış etkiden uzak bir şekilde yerine getirmeleri sağlanabiliyorsa başka bir ifadeyle, sadece hukukun gerekliliğini doğrultusunda özgürce düşünüp davranabiliyorlarsa bağımsızlıkları saha demektir. 

Bu çerçevede baskı yapılması kadar yapılma ihtimalinin bulunması da bağımsızlığı zedeler.

b. Yürütme Organı Karşısında Bağımsızlık ve Yargıç Teminatı


480 Dursun, 2004, s. 374. 
481 Evik, 2004, s. 293. 
484 ÇEÇEN, Anıl, İnsan Hakları, Gündoğan Yayınları, İkinci Baskı, Ankara 1989, s. 111.
Bu nedenlerle yargı bağımsızlığına karşı en büyük tehdit her zaman yürütme organından gelmiştir. Çok önemli ve önemli olduğu kadar da gerçekleştirilmiş zor olan, yargı bağımsızlığının yürütme organı ve onun uzantısı konumundaki idareye karşı sağlanabilmesidir. Konuya ilgili olarak Anayaslarda yer alan genel hükümlerin varlığı da tek başına bunu sağlamak yeterli değildir. Nitelikte, AİHM de yargı bağımsızlığının asıl göstergesinin "yürütme gücüne karşı tamamen bağımsız olma" olduğunu vermiş olduğu çeşitli kararlarda belirtmektedir.\(^{485}\)

Yargı bağımsızlığı için mahkeme ve yargıçların bağımsız ve adil olduğundan, şüphede dahi edilmemelidir. Bu yönlüle bağımsızlık, hukuk devletinin temeli teşkil eden adaletin hayata geçmesi bakımından oldukça önem arzetmektedir. Siyasal iktidar tarafından atanan, görevinden alınarak yerinin veya görevini değiştirilmesi her zaman mümkün olabilen yargıçların verdikleri kararlar hukuken ne kadar doğru olsun, halkın tarafından şüphe ile karşılanır ve genellikle bunlara saygı duylmaz.\(^{486}\) Büylesine bir ortamda toplumun adaletle olan güveni sarsılmıştır. Adaletin olan inanç o toplumu ayakta tutan en önemli olgu olup halk, adaletle olan güvenini kaybetmişse, hukuk devleti sarsılmış, o sistem çürümüş demektir ve kısa bir zamanda çökmeye mahkûmdur.\(^{487}\) Toplumsal bir erdem olan adalet ancak ve ancak bağımsız bir yargılama sürecinin ürünü olarak ortaya çıkarak toplumsal yaşamındaki yerini alacaktır.\(^{488}\)

**b.1. Yargıçlık Teminatı**

Yürütme organı karşılarında yargı bağımsızlığını sağlamaya yaranan araçların ilki ve en önemlisi yargıçlık teminatıdır. Yargıçlık teminatı; çağdaş anayasal devletlerde bağımsız yargıyı hayata geçirilmek için, yargısal faaliyete katılma yolu önemli olmakzın söz konusu süreçe katılanlara görelerinin özellikle tamamen sağlanabilir.\(^{489}\)


\(^{486}\) Keskin, 1988, s. 131.

\(^{487}\) Keskin, 1988, s. 131.

\(^{488}\) Çeçen, 1989, s. 111.
getirilen ve öbür görevlilerden farklı olarak anayasal olarak düzenlenmiş olan bir takım kişisel güvenceler şeklinde tanımlanabilir. Böylelikle, yargıçların nüfuz ve itibarlarının yüksektilmesi; onların huzurlarının sağlanmasından daha çok özgür iradeleriyle karar ve hüküm verebilmeleri sağlanarak halka, adaletin her türlü tazyik ve etkiden arınmış olarak tesis edildiği yolunda güven ve inanç telkin edilmiş olmaktadır.\(^{489}\) Kanaatimizece, yargıçlık teminatı her ne kadar kişisel bir güvence ise de bununla asıl sağlanmak istenen, bağımsız bir yargı organca verilen koruma altında alınan özgürlükler temelinde ortaya çıkan kamu yararıdır.

489 Kapani, 1956, s. 86.
490 Kapani, 1956, s. 90.


Yargı bağımsızlığı, ancak bir makam olarak mahkemelerin bağımsızlığının yargı teminatı ile desteklenip kuvvetlendirilmesi ile ortaya çıkacak; temel hak ve özgürlüklerin korunmasına hizmet edip, anayasal devletin hayata geçirilmesini sağlayacaktır. Mahkemelerin bağımsızlığı ile yargı teminatı birbirini destekleyen iki olgu olup biri diğerinin varlık nedenidir. Yargıca, kişisel, ekonomik ve görev güvencesi verilmelidir. Bu çerçevede görev güvencesi, dar anlamda yargıc teminatını
oluşturup yargıçların kendi istekleri ve bazı zorunlu hallerin dışında azledilememelerini kapsarken yargıcı coğrafi teminat tanınması, belli bir yaşa kadar önce emekli edilememesi, aylık ve ödeneklerden mahrum bırakılmasına gibi ekonomik ve kişisel güvenceler de geniş anlama altında yargıc teminatını oluşturmuştur. AYM de, kadrosuzluk nedeniyle askeri yargıçların kanunu yaş sınırından önce emekliye sevk edilmelerinin idarenin takdirine bırakıldığı bir ortamda, yargıç teminanının ve dolayısıyla da bağımsız yargının varlığının söz edilemeyeceğiine hükümerek görev süresi güvencesini önemini vurgulamıştır.


495 Ünal Özkorkut, 2008, s. 228.
498 enispeler. e.t: 28.08.2014
(2010) 12 Tavsiye kararlarına göre,⁵⁰⁰ her şeyden önce söz konusu zorunlu nedenlere, kanunda açık bir şekilde belirtilmiş olması gerekmektedir. Yargıcın, yargısal görevlerini çeşitli nedenlerle artık yerine getiremeyecek duruma gelmesi, kanunlarda öngörülmüş olan ceza hükümlerinin veya mesleğin belli bir düzen içinde yapılmasına ilişkin disiplin kurallarının ihlâl edilmesi gibi hususlar zorunlu nedenlere örnek olarak verilebilir.


---

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

"Madde 55- Yargıçlar, kanunda gösterilen usuller ve haller dışında görevlerinden çıkarılamazlar.

Madde 56- Yargıçların nitelikleri, hakları, görevleri, aylık ve ödenekleri, nasıl tayin olunacakları ve görevlerinden nasıl çıkarılacağını özel kanunla gösterilir.

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


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

Türk Hukukunda Anayasanın konuyu düzenleyen 139 maddesinde, mesleken çıkarmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giyme teminatinin istisnalarından biri olarak belirlediği halde hangi suçların bu nitelikte olduğunun tespiti kanuna bırakılmış olması, ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmiş durumlar dışında böyle bir makamın kararını vermesi Anayasada belirtilmemiş olmasa ve daha da önemlisi mesleğe son vermenin, yargısal nitelik taşımayan idari bir makama verilen kararla tesis edilebileceği ve bu kararın idari makamca verilmesi ise yargıçların usule ilişkin çok önemli bir güvenceden yoksun kalma riskini ortaya koymaktadır.506


506 Üzerinde uzlaşma varılan TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu taslğının ‘Hakimlik mesleği ve teminatı’ başlıklı 111. maddesinde de mevcut düzenlemeyi paralel bir şekilde, mesleken çıkarmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giyme, teminatin istisnalarından biri olarak belirlenmiş ancak hangi suçların bu nitelikte olduğunun tespiti kanuna bırakılmıştır. TBMM’de grubu bulunan siyasi partilerin konuya ilgili önerileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Barın, 2014, s. 446-452.
b.2. Yargıçların Hesap Verebilirliği ve Denetimi

Yargı bağımsızlığı için yargıç teminatı çok önemli olmakla birlikte temel hak ve özgürlüklerin gereği gibi korunabilmesi için söz konusu teminat kurumu ile yargı sorumluluğu ve denetimi birbirlerini dengeler şekilde konulanmalıdır. Herhangi bir yargıçın çeşitli nedenlerden dolayı görevini kötüye kullanması, hizmet içinde veya dışında mesleğin sahip olması gereken itibar ve güven duygusunu sarsacak davranışlarında bulunması, görevin getirmiş olduğu yetkileri bir takım suçların işlenmesinde araç olarak kullanması, görevin zararsız olduğu kimi davranış kurallarına kasten ya da ihmal olarak uymaması gibi kimi durumlarda hukuken bunun hesabını vermesi de gerekmektedir. Ancak bu şekilde yargı organları halk nezdinde güvenilir bir yapı olma niteliğini kazanabilir. 

Nasıl ki anayasal devlette kamusal yetki kullanan her organ ve kişinin gerektiğiinde hesap verebilir olması çok önemli bir olguysa, yargı yetkisine sahip olan bireylerin temel hak ve özgürlüklerini doğrudan ilgilendiren kararları veren yargıçın da hesap verebilirliği tıpkı bağımsızlık gibi çok önemlidir. Böylelikle hukukun sadece hukukun gerekliliğini doğrultusunda uygulanması sağlamak suretiyle özgürlüklerin hayata geçirilmesi sağlanmış olacaktır. Dolayısıyla bağımsızlık ile yargıçın hesap verebilirliği arasında bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması amacı çerçevesinde ortaya çıkan karşılıklı bir denge söz konusudur. 

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

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


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

507 İnceoğlu, 2007, s. 56.
nispeten daha bağımsız Kurul’a bağlı müfettişler tarafından yapılması, yargıça
bağımsızlığı bakımından olumlu bir gelişmeye de gerek ilgili dairenin teklifi ve
HSYK başkanının yani Adalet Bakanının onayı ile soruşturma ve inceleme
yapılabilecek olması nedeniyle idari bir makamın hala bu konuda söz sahibi olmaya
devam etmesi gerekse Adalet Bakanının onay vermemesi durumunda ise şikayetçi
konumundaki birin soruşturulabileceği bir yol olup olmadığını özel olarak
düzellenmeyip konunun genel hükümlere bırakılmış olması nedenleriyle yeterli olarak
düzenleme olmamıştır. Bakanın, HSYK başkanı olarak söz konusu bu işlemi
yapması ve meslekten çalışma cezası dışında yargıçın kariyerini etkileyecce
nitelikteki diğer HSYK kararlarına karşı yargı yolunun kapatılması birlikté
derelendirildiğinde, yargıca bağımsızlığının fiilen sağlanması bakımından 2010 yılı
Anayasa değişiklikleri oncesi duruma göre kayda değer bir iyileşmenin olduğunu
söylemek pek mümkün görülmemektedir.

Diğer taraftan yargıçlar hakkında soruşturma ve inceleme izni verilip
verilmemesinin Adalet Bakanının onayına tabi olması,Adalet Bakanının sonuçta
siyasi bir otoriteye temsil etmesi nedeniyle bu stratejik öneme sahip yetkinin özellikle
de kamuoyuna mal olmuş bir takım davaların yargıçları hakkında kararı belirleyecce
ya da istenen yönde karar verilmesi bu müjedyidesi olacak şekilde siyasal
saiklerle kullanma ihtimalini de taşımaktadır. Bu nedenle doktrinde, HSYK’daki
dairelerden birine soruşturma veya inceleme başlatma yetkisi verilip, başka bir
daireye de karar verme yetkisi tanınamamak, yapılacak yeni bir Anayasa
düzenlemeyle soruşturma izni verip vermemeye konusunda Adalet Bakanına sadece
ilgili daireden soruşturma başlatılması talep etme yetkisinin tanınamemek, bu du-
rumba da elbette ki ilgili dairenin konuyu sadece hukukun gereklileri bakımından
derelendirerek tamamen bağımsız bir şekilde karar verebileceği, yani gerektiğinde
Bakanın talebinin reddedilebileceği düzenlenemelerin yapılması gerektiğini, ayrıca ilgili

509 Adalet Bakanı’nın dolaylı olarak sahip olduğu ilgili yargıca hakkında inceleme ve soruşturma onayı
vermemek şeklindeki yetkisi 6524 sayılı Kanun değişikliği ile hüküm alınıa alınmıştır. AYM de söz
konusu Kanunun iptali istemine ilişkin vermiş olduğu kararında inceleme ve soruşturma yapılmısı
onayına ilişkin yetkinin, inceleme ve soruşturma yapılmasına yer olmadığını ilişkin yetkisi de
kapsadığı belirtirken söz konusu hüküm Anayasa’ya aykırı bulunmuş. 2014/57 E, 2014/81 K,
dairenin resen soruşturma ve inceleme başlatma yetkisine de sahip olması gerektiğini belirtilmektedir.510

Diğer taraftan yargı bağımsızlığı ilkesine daha uygun olduğu düşünülen farklı bir meslektenden çıkarma usulü önerilmektedir. Buna göre, yargıç hakkındaki meslekten çıkarmayı gerektirecek fiillere ilişkin iddialar, Kurul’a bağlı müfettişlerce yürütülecek soruşturma sonucunda sübata erese o yargıçın meslektenden çıkarılması ile ilgili dosya TBMM’ne gönderilerek karar Meclis tarafından verilmelidir. Yargıç teşvikli bir kısım onun azledilememesi ilkesinin fiilen var olması, iktidar parti veya partilerinin kendi siyasi düşüncede ve menfaatlerine uymayan yargıçın colega meslektenden çıkarmasının engellenmesi ve siyasetin bir uzlaşma kurumu olması gereken takip etmekle birlikte TBMM üye tamsayısının üçte ikiisinin oyuya iddia konusu yargıçın meslektenden çıkarılması karar verilmelidir. TBMM’nin, ilgili yargıçın meslektenden çıkarılmasına dair kararına karşı, Anayasa belirtilen istisnai haller dışında TBMM kararlarının yargı denetimine tabi olmaması nedeniyle yargısal başvuru yapma imkanı olmayacaktır. Diğer taraftan, Anayasa’nın 9. maddesi uyarınca yargı yetkisi, Türk Milli adına bağımsız mahkemelerce yargıçlar tarafından kullanıldığından TBMM kararla ilgili yargıçın meslektenden çıkarılması yargı yetkisini, Türk Milli adına o yargıç tarafından kullanamayacağı sonucuna doğrucağından yargıçın meslektenden çıkarılması dair kararın TBMM tarafından verilmesi anayasal sistematiğe de uygun olacaktır.511

Kanaatimizce, TBMM’nin Türk Milli adına karar vermeye yetkili bir organ olarak ilgili yargıçın Millet adına artık yargısal faaliyette bulunamayacağı anlamına gelen meslektenden çıkarılmasına ilişkin kararı vermesi TBMM’nin nihai bir karar organı olma niteliğine uygundur. Diğer taraftan, Anayasa’nın 9. maddesi uyarınca yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce yargıçlar tarafından kullanıldığından TBMM kararla ilgili yargıçın meslektenden çıkarılması yargı yetkisini, Türk Milleti adına o yargıç tarafından kullanamayacağı sonucuna doğrucağından yargıçın meslektenden çıkarılması dair kararın TBMM tarafından verilmesi anayasal sistematiğe de uygun olacaktır.511

510 İnceoğlu, 2011, s. 252.
511 Dursun, 2009, s. 86.
denetim de yargı sistemini tepesinde olan Anayasa Mahkemesince yapılmalıdır. Bireysel nitelikteki hak ihlalleri konusunda son söz söyleme yetkisine sahip olan Yüksek Mahkemenin bu konuda da yetkili olması anayasal sisteme de uygun düşmektedir.


Diğer kurumlarda teftiş sistemi ve işleyiş biçimleri asında hıyerarşik ilişkilinin bir tür tayydi ve devami anlamına gelmektedir, yargıçlar ve onların denetim, inceleme ve soruşturma iş ve işlemlerini söz konusu olduğunda bu sistemden yargıçların hesap verilirliği ile bağımsızlıkları arasındaki ince çizginin korunmasını sağlayacak niteliklere sahip olması gerektiğini bu karardan açıklık anlamaktadır. Ayrıca dolaylı da olsa yargıçlar üzerinde hıyerarşik bir ilişkinin kurulmasının anayasal sisteme aykırı olduğu belirtilmektedir.
b.3. Yargı Bağımsızlığı ve Yargısal Kurullar


514 YANIK, Murat, “Karşılaştırımlı Hukuk ve Uluslararası Standartlar ışığında HSYK’nun Oluşumu, Çalışma Şekli ve Kararlarının Denetimi”, AYD, Sy.27, 2010, s. 162.
515 ÇELİK, Burak, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu: Yapısal Açdan Karşılaştırımlı Bir İnceleme, XII Levha Yayınları, İstanbul 2012, s. 20.
516 Sancar, 2000 (a), s. 185.
belirtildiği üzere yargıların özel işlerinin tamamen bağımsız bir kurulca yerine getirilmesi güvencesini de içermektedir. 517


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


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

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

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


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

522 Odyakmaz, 2008, s. 164.

523 Yargıtay, Danıştay ve Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulları ile adli-idari yargı yargıç ve savcılar tarafından HSYK üyelerini belirlemek için yapılacak seçimlerde, oy verme hakkına sahip olan kişiler sadece bir aday için oy verme imkanı tanıyı ve en fazla oy alan adaylar arasındaki sırasıyla asıl ve yedek üye seçiminin öngören Anayasa değişikliği AYM tarafından iptal edilmiştir. Karara göre: “…bazı adaylar açısından seçimlerde oy kullanma hakkı tanımayarak sonuçlar seçmen iadesini yansıtmakta uzak olan bir seçim usulünün demokratik olmayabileceği kusku yokuş.
tek yetkili makam olmaktan çıkarılmıştır.\textsuperscript{524} Venedik Komisyonunun 2010 tarihi raporunda da, bu tür kurulların çoğulcu bir yapıya sahip olması gerektiğini, bunun sağlanamaması halinde ise doğal üyeler dışındaki kendi statülerindeki kişiler tarafından belirlenerek yargıcı kökenli kişilerin ağırlıklı olarak yer alması gerektiğini belirtmiştir.\textsuperscript{525}


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

---

Söz konusu kararda, HSYK’nın anayasal sistem içindeki özellikleri yeri vurgulanarak Kurul’un bağımsız ve tarafı olma niteliğiyle yargıcı ve savcıların bağımsız ve tarafı olması arasında zorunlu bir ilişki kurulmuştur.


---

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


Anayasa’nın 154. maddesinde Konseyin yetkilerini yargıçların bağışsızlığı çerçevesinde kullanacağı belirtilerek bir tür yargı bağışsızlığının güvencesi olarak,
(2) daire şeklinde ve meslektaşları tarafından seçilen yargıç ve savcılar ile Senato tarafından seçilen üyelerden oluşacak şekilde yargı teşkilatı içinde düzenlenmiştir. Yargıç ve savcıların adaylık ve mesleğe kabulüne ve mesleki eğitimlerine ilişkin yetkileri dışında yapılan şikayetlerin kabul edilip incelenmesi de dahil olmak üzere yargı sisteminin işleyişi ve teşkilatlanması üzerinde denetim ve inceleme yapmak, görüş bildirip önerilerde bulunmak gibi yetkileri vardır.535


yürütmenin yargı üzerindeki etkisini ortadan kaldırmak olup Cumhurbaşkanı’nın artık Kurul başkanı olmaması ve Adalet Bakanının da yardımcı sıfatıyla Kuruldan çıkarılması son sonraki değişiklik. Senato raporlarında, yürütme erkinin Kurul’dan çıkarılması gerekeni; yargıç ve savcı tarafsızlığını, bağımsızlığını, teminatını sağlayabilmek ve mesleki etik kurallar çerçevesinde objektif birlikteliği ortaya koymak şeklinde belirtilmiş, avukat üyelerin varlığı çeşitle menfaatler arasında var olan çatışmada bir denge unsuru sağlamak olarak açıklanmıştır. Yargı mesleğinde 3 ten 6’ya çıkarılması ve parlamento Cumhurbaşkanının atadığı üyeler için veto imkanı verilmiş olması yürütme gücünün etkisini önemli ölçüde azaltarak yargı bağımsızlığını sağlamaya yönelik olmuştur. Kurul, Yargı Yüksek Hakimler ve Yargı Savcılar Konseyi olmak üzere iki daireden oluşmakta olup 2008 değişikliği ile her dairedeki üye sayısı 10’ dan 15’e çıkarılmıştır. Yargı Yüksek Hakimler Konseyi’nin Başkanı Yargıtay Başkanı olup diğer üyelerden 2 Danıştay tarafından atanmış ve 3’ü görevdeki yargıçlar, 1’i görevdeki savcılar, 1’i Danıştay tarafından atanmış olan yargıcılar.537


538 Memiş, 2010, s. 127-129.
memurlar hakkında da karar veren Eyalet Personel Komisyonları yetkilidir. Bu komisyonlarda bir yargıcı ya da savcı ile ilgili karar verilirken Adalet Bakanlığı’ndan bir temsilci ile Alman Hakimler Konfederasyonu’nda belirlenen 3 asıl, 3 yedek yargıç bulunmaktadır. Bu üyeler 5 yıllığına hükümete görevlendirilmiştir. 539

b.4. Mahkeme Üyelerinin Atanması ve Mesleğe Kabul

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

539 Öztürk, 1994, s. 119-120.
542 Uslu/Türkiye, Başvuru No: 29860/96, 20.05.1998. e.t: 06.07.2014
543 Grabenwarter, 2004, s. 200.
Sonuç olarak AİHM, bağımsızlığın tespitinde, mahkeme üyelerinin hangi organ tarafından atanıldığını tek başına belirleyici bir unsur olarak görmemektedir. Bir mahkemenin üyelerinin atanmasında yukarıda belirtilen örnek olaylarda olduğu gibi siyasi niteliği çok ön planda olan ve bu nedenle siyasal tercihlerde bulunması ihtimali yüksek olan kişilerin bakanın belirleyici olması dahi inceleme konusu ilkeye aykırı bulunamaktadır. Ancak ifade edilen niteliklerin bulunmaması halinde (yargıçları hukuk dışı her türlü etki ve baskıdan koruyarak onların sadece hukukun gereklerini doğruşturduğu karar vermelerini sağlayan güvençelerin varlığı), mahkeme üyelerinin atamalarında yürütmeyi veya idarenin söz sahibi olmasını yargı bağımsızlığına aykırı olarak görmektedir.544

Diğer taraftan yargı bağımsızlığı, yargıçların görevde kabul edilip ve atanma şekilleri ile de yakından ilgilidir. Yargıçlık terminatının bir anlam ifade edebilmesi için bunun daha başlangıçta var olması gerekmektedir.545 Türk hukukunda, yargıç veya savcıların mesleğe kabul edilmesi için önce yargıç veya savcı adaylığına kabul edilip bu sürecin sonunda başarılı olması gerekmektedir. Yargıç ve savcıların adaylığı atamasında doğası gereği subjektif etki ve değerlendirmelere açık olan mülakat yönteminin kabul edildiği ve Adalet Bakanlığı'na bunu bir yönetmelikle düzenleme yetkisi tanımlayan 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 9. maddesinde 2005'de yapılan değişiklik Anayasa'nın mahkemelerin bağımsızlığını ve yargı teminatını düzenleyen 138. ve 140. maddelerine aykırı olmasına rağmen Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmemiştir.546

Anayasa Mahkemesi, adaylık statüsüne atama ile yargıçlık ve savcılık statüsüne atanmayı birbirinden kesin çizgilerle ayırmış; yargıç ve savcılar için öngörülen anayasadaki tekrar edildiği mesleğe kabulden

545 Kapani, 1956, s. 24.
adaylığa kabulünde bağımsız ve tarafsız bir kurul tarafından yapılması yargı bağımsızlığı açısından çok önemlidir.

b.5. Yargı Bağımsızlığı ve Askeri Mahkemeler


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

---

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


AIHM’nin, Türkiye aleyhine yapılan başvurular nedeniyle vermiş olduğu başta İncal olmak üzere Yavuz551 ve bu kararlara atıfta bulunarak vermiş olduğu Dikel552 ve Yürük553 kararları çerçevesinde554 bir değerlendirme yapıldığında ise; askeri yargıçların atama, terfi ve diğer özлок hakları bakımından mevcut hukusals statülerinin yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığına aykırı bir nitelik taşımadığı, aykırılığın devlete karşı işlenmiş bir suçtan dolayı ortaya çıktığı 549

551 Başvuru No:29870/96, 25.05.2000.
553 Başvuru No: 4930/05, 06.04.2010.
anlaşılmaktadır. Bu nedenle Anayasanın 145. maddesinin 2. fikrasında yer alan “askeri mahkemeler, asker olmayan kişilerin özel kanunda belirtilen askeri suçları ile kanunda gösterilen görevlerini ifa ettikleri sırada veya kanunda gösterilen askeri mahallerde askerlere karşı işledikleri suçlara bakmakla görevlidir” hüküm, 2010 Anayasa değişiklikleriyle ‘savaş halinde, asker olmayan kişiler askeri mahkemelerde yargılanamaz’ şeklinde yeniden düzenlenerek söz konusu aykırılık ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır.

Kanaatimizce, her ne kadar AİHM, askeri yargıçların hukuksal statülerini yargı bağımsızlığı açısından sakıncalı görmüyorsa da askeri yargıçlar bakımından askeri disiplin ve teamüllere göre hareket etmek daha öncelikli bir mesele olup genel görünüm itibarıyla hak ve özgürlüklerine hak属于自己 olmasını istemeyi bırakmakla görevli olurlar. Ödevler ve kolektif amaçlar çerçevesinde oluşma ihtimali bulunmaktadır. Bu nedenle askeri yargının kaldırılarak genel yargı sistemi içinde bir uzmanlık mahkemesine dönüştürülmesi, bunun çeşitli nedenlerle mümkün olmaması halinde ise askeri yargıçların özel işlerinin HSYK benzeri HSYK benzeri bir kuruluşun yerine getirilmesi, özellikle de yargı kariyerini Dolayısıyla da bağımsızlığını doğrudan ilgilendiren Milli Savunma Bakanının askeri yargıçlar bakımından sahip olduğu uyarma ve kırama cezası vermeye ilişkin yetkisinin bir takım usulü güvencelerin varlığı çerçevesinde söz konusu bu kuruluş kullanılaması daha uygun olabilir.

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

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


http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-1008.pdf e.t: 04.12.2015
verilemeyeceğidir. Bu konuda doktrinde genel kanaat, yargıçların kanunda belirlenmiş olanların dışında genel veya özel görev almamaları gerektiği şeklindedir. 556

Kanaatimizce, yargıçlık bir ihtisas mesleğidir ve bu nedenle yargıçlar yargısal faaliyetin yürütülmesi kapsamında değerlendirmeyecek görevler almamalıdır. Özellikle de bürokratik görevlerin verilmesinde, yürütme organı son sözü söyleyip, bu konuma gelmek isteyen yargıçın geçmişte verilmiş olduğu kararlar ve ortaya koyduğu duruşun hükümet politikaları ile ne derecede uyumlu olduğu önemli olmaktadır. Bu durumun yargı bağımızlığı bakımından yaratmış olduğu sakıncalar son derece ağırlıdır. 557 Ancak AİHM, yargıçlara yargı teşkilati içinde başka görevler verilmesini bağımsızlığı zedeleyen bir durum olarak görmemektedir. Ayrıca diğer devlet işlerinde çalıştırılmalarını da tamamen aykırılık olarak görmektede, ancak yapılan işin niteliğine göre bazı sınırlamaları tabi olması gerektiğini belirtmekteydi. 558


556 Evik, 2004, s. 296.
557 Bu nedenle Adalet Bakanlığı Uzmanlığı yada başka bir ad altında hukuk fakültesi mezunlarının icra edeceğini bir kariyer mesleği idhas edilerek Bakanlığın bürokrat ve diğer idari görevliler ihtiyacı için bu şekilde karşılamanmalıdır.
559 Söz konusu güvence örneğin Başbakanlık Teftiş Kurulu Yönetmeliği’nin 40. maddesinde şu şekilde belirtilmiştir: “Teftiş hizmetleri, diğer idari görevlerden ayrı bir kariyer olarak düzenlenmiş; Başbakanlık Müfettişleri kendi istekleri dışında veya teftiş hizmetlerinin gerekliliklerine bağlısız olarak işler, ahlaki veya mesleki yetersizlikleri tespit edilmedikçe görevden alınamaz; diğer idari görevlere atanamazlar. Sıhhi, ahlaki veya mesleki yetersizlik hallerinin; yargı kararı, sağlık kuruluş raporu, müfettiş raporu gibi belgelerle tevsiki esastır.” Bu hükümde de anlaşıldığı üzere bir müfettişin kendi isteği dışında görevden ayrılmışa başa yargı kararı olmak üzere sıkı usul şartlarına bağlı olarak müfettişlerin her türlü endişe ve baskıdan uzak bir şekilde bu görev yerine getirilmeleri sağlanmak istenmiştir. 09.04.2011 tarihli HSYK Teftiş Kurulu Yönetmeliği ise bu durumun yorumunu hallerinde bir hükümde yer almaktadır. HSYK müfettişliği gibi yürütülen faaliyetin yargıç kariyeri ve dolayısıyla da yargı bağımızlığı bakımından önemli sonuçları olan bir görevi...
basamaklarında yükselme ve raporlarının önemi dikkate alındığında, söz konusu bu görevin objektif bir şekilde yapılmasını yargıç teminatının açısı açısından önemi büyüktür. Bu nedenle müfettişlik görevinin, yargıç ve savcılar için bir kariyer mesleği haline getirilmesi, şartları objektif olarak belirlenmiş bir sınav yöntemiyle müfettiş yardımcılığından başlayarak devam eden bir kariyer sistemi kurularak müfettişlik güvencesi tanınması uygun bir yöntem olabilir.


Kanaatimizde, yargıç kariyerini etkileyebilecek idari nitelikteki her türlü tasarruf yargı bağımsızlığını da belirleyecektir. Önemli olan bunun sınırlı olduğu, tanımlı açıkça yürütülmüş haklara dayalı olarak hukuken ortaya konulması, gerektiği de ilgili yargıçın başvurabileceği ve yaşanmış pratiklerden dolayı de sonuç alma gücüne sahip, işlemleri yapan makamlardan ayrı itiraz mercilerinin bulunmasıdır. Bu çerçevede bir değerlendirme yapıldığında, gerek yukarıda belirtilen Anayasanın 140/6. maddesinde yer alan adli-idari görev ayrımının gerekse yargıçın ahlaki gidişi, göreve bağlılığı gibi hususların anılan niteliğe uygun olmadığı yerine getirenler benzer bir güvencenin tanınamamış olması büyük bir eksiklik olarak karşımıza çıkmaktadır.

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

c. Yasama Organi Karşısında Bağımsızlık


561 Evik, 2004, s. 294.
muhakemedeki yargıçların yargışal faaliyete ilişkin kararlar yani yargı yetkisinin kullanılması bakımından olduğunu kabul etmek gerektirir. Söz konusu nitelikte olmayan her hususta tartışma ve değerlendirirme yapılmalıdır.


Diğer taraftan Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyi’nin, 2001 yılında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin dikkatine sunduğu ‘Yargının Bağımsızlığı ve Hakimlerin Görevden Alınamaması Standartlarına Dair’ istişari görüşünde, Yargıçların Statüsü hakkında Avrupa Şarti’nın atıfla yargıçların mesleğe kabulü, ataması ve görevine son verilmesi başta olmak üzere kariyerlerini ilgilendiren tüm konularda yürütmenin dışında yasama organından da bağımsız bir kurulun tek yetkili olması ve bu kurulu en az arısının, meslektaslarının en katılmaci bir şekilde temsiline imkan verecek yöntemlerle seçilmiş yargıçlardan oluşması gerektiğini

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

C. İNSAN HAKLARINA DAYALI DEVLET YAPISI


1. İnsan Hakları- Temel Hak ve Özgürlükler Kavramları

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

\textsuperscript{566} ÇEÇEN, Anıl, “Devlet ve İnsan Hakları”, TBBD, Sy.1989/6, 1989, s. 826.
omak üzere iktidarın aklın ve hukukun gereklerine uygun bir şekilde hareket etmesi talepleri gibi siyasal sonuçları pek çok sistemın asıl parçası haline gelmiş; insan haklarının taraflılığı düşüncesi geride kalmıştır. İnsan hakları toplumsal olan her şeyin referansını oluşturan konulardan biri ve belki de en önemlisiidir. Söz konusu bu özelliği sadece ulusal sınırlar içinde kalmayıp gerek düşünsel olarak gerekse bireylerin günlük yaşamlarında karşı karşıya olduklarını bir sorun olarak uluslararası hukuk ve siyasetin önemli bir çalışma ve ilgi alanı olmuştur.


Söz konusu bu durum ‘somut insan hakları’ ve ‘soyut insan hakları’ ayrımları yapılarak da ele alınmak, insan hakları deyimi ile tüm insanlara tanınması gereken hakların anlatılmak istediğini, buna soyut anlamda insan hakları deneceği, bu anlamda insan haklarının ‘olması’ değil ‘olması’ gectığıne gösterceği belirtmektedir. Bu çerçevede insan hakları tarihi, doktrindeki ifadeyle, “soyut insan ile somut yurttaş arasındaki boşluğu kapatma işi, kaderin devam eden ve daima bağırsız olan mücadeleden, donuk insan taslağına beden, can...ekleme savaşı olarak yazılabilir.”


İnsan hakları, genel olarak, daha çok olması gerekeni ifade eden veya sadece idealist bildirilere geçen bir ‘ulaşılacak hedefler programı’ olup ‘ideal bir haklar’ listesidir. Pozitif hükümlerden çok moral anınlara dayanmakta olup

2. Anayasal Devlette İnsan Haklarının Rolü ve Önemi

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


581 Arslan, 2008 (b), s. 24.
korumaktır. Anayasa, kendi egemenlik sınırları içinde yaşayan tüm insanların başı hayat olmak üzere diğer tüm haklarını korumak ve insanca bir hayat sürdürmelerini sağlayacak adaletli bir düzeni kurmak zorundadır. Aksine bir durumda devlet denen olgu kendi varlık nedenini kendisi yadsıyarak tartışmalı bir duruma getirmiş olur. Ayrıca insan haklarının ne oranda gerçekleşip korunduğu ilgili devletin gelişmişlik veya uygarlık düzeyinin en önemli göstergelerinden birini oluşturmakta.\textsuperscript{582}

Anayasalビルンמהın en temel amacı olan kamusal nitelikteki yetkilerin kullanılmasına etkili sınırlar getirerek kontrolü sağlamakta, insan hakları; temel referans noktası oluşturmakta. Öncesi de belirtildiği üzere, devletin sınırlandırması düşüncesi antik çağlara kadar uzanmakla birlikte, anayasalビルン마ーの場合inde yeni olan söz konusu sınırın insan hakları çerçevesinde kişilerle ilgili hareketlerinde yeni olan söz konusu sınırın insan haklarını gerçekleştirilmek istenmesidir.

Bir bakıma ‘leviathanın gemlenmesi’ ile modern insan haklarını doğumu aynı çıkış noktasında yer almaktadır.\textsuperscript{583} İnsan hakları, bireyler bakımından devlete karşı bir koruma kalkanı fonksiyonunu yerine getirmekte. Bu nedenle devlet iktidarının ve onun bir niteliği olan egemenliğin sınırlarını, insan hakları çizmektedir. İnsan haklarının ilgili devletin hukuk düzenindeki konumu ne kadar güçlü ise söz konusu sınırlı bireyler lehinde ortaya çıkmaktadır, devletin kamusal yetkiye dayalı olarak kullanılacağı taktir haklarının sınırları daralmaktadır. İnsan hakları egemenin keyfiliğinin sınırlanmasına bir referans noktası olup, ‘adil’ ile ‘gayrı adil’ arasındaki fark da buna göre belirlenmektedir.\textsuperscript{584}

\textsuperscript{582} Aydınlanma Dönemi düşünürleri bireyi başlı başına bir amaç ve değer olarak gördüklerinden insan haklarının pozitif hukuk ötesi, herhangi bir şart ve statüye bağlı olmayan niteliğe sahip olduğunu savunmuşlardır. Bunun doğal sonuçlarından biri, insan haklarının devlete ‘öncelik’ eden haklar olduğuydu. Devlet bireyi ilişkilerinde pozitif hukuk üstü dayanaklara devlet değil sadece bireyler başvurduğu hakkına sahiptir. Başka bir ifadeyle; devlet, hiçbir gerekçeyle bireylerle karşı kalmaktadır. Başka bir ifadeyle; devlet, hiçbir gerekçeyle bireylerle karşı kalmaktadır. Bu nedenle devlet iktidarının ve onun bir niteliği olan egemenliğin sınırlarını, insan hakları çizmektedir. İnsan haklarının ilgili devletin hukuk düzenindeki konumu ne kadar güçlü ise söz konusu sınırlı bireyler lehinde ortaya çıkmaktadır, devletin kamusal yetkiye dayalı olarak kullanılacağı taktir haklarının sınırları daralmaktadır. İnsan hakları egemenin keyfiliğinin sınırlanmasına bir referans noktası olup, ‘adil’ ile ‘gayrı adil’ arasındaki fark da buna göre belirlenmektedir.\textsuperscript{584}

\textsuperscript{582} Aydınlanma Dönemi düşünürleri bireyi başlı başına bir amaç ve değer olarak gördüklerinden insan haklarının pozitif hukuk ötesi, herhangi bir şart ve statüye bağlı olmayan niteliğe sahip olduğunu savunmuşlardır. Bunun doğal sonuçlarından biri, insan haklarının devlete ‘öncelik’ eden haklar olduğuydu. Devlet bireyi ilişkilerinde pozitif hukuk üstü dayanaklara devlet değil sadece bireyler başvurduğu hakkına sahiptir. Başka bir ifadeyle; devlet, hiçbir gerekçeyle bireylerle karşı kalmaktadır. Başka bir ifadeyle; devlet, hiçbir gerekçeyle bireylerle karşı kalmaktadır. Bu nedenle devlet iktidarının ve onun bir niteliği olan egemenliğin sınırlarını, insan hakları çizmektedir. İnsan haklarının ilgili devletin hukuk düzenindeki konumu ne kadar güçlü ise söz konusu sınırlı bireyler lehinde ortaya çıkmaktadır, devletin kamusal yetkiye dayalı olarak kullanılacağı taktir haklarının sınırları daralmaktadır. İnsan hakları egemenin keyfiliğinin sınırlanmasına bir referans noktası olup, ‘adil’ ile ‘gayrı adil’ arasındaki fark da buna göre belirlenmektedir.\textsuperscript{584}

\textsuperscript{583} Aydınlanma Dönemi düşünürleri bireyi başlı başına bir amaç ve değer olarak gördüklerinden insan haklarının pozitif hukuk ötesi, herhangi bir şart ve statüye bağlı olmayan niteliğe sahip olduğunu savunmuşlardır. Bunun doğal sonuçlarından biri, insan haklarının devlete ‘öncelik’ eden haklar olduğuydu. Devlet bireyi ilişkilerinde pozitif hukuk üstü dayanaklara devlet değil sadece bireyler başvurduğu hakkına sahiptir. Başka bir ifadeyle; devlet, hiçbir gerekçeyle bireylerle karşı kalmaktadır. Başka bir ifadeyle; devlet, hiçbir gerekçeyle bireylerle karşı kalmaktadır. Bu nedenle devlet iktidarının ve onun bir niteliği olan egemenliğin sınırlarını, insan hakları çizmektedir. İnsan haklarının ilgili devletin hukuk düzenindeki konumu ne kadar güçlü ise söz konusu sınırlı bireyler lehinde ortaya çıkmaktadır, devletin kamusal yetkiye dayalı olarak kullanılacağı taktir haklarının sınırları daralmaktadır. İnsan hakları egemenin keyfiliğinin sınırlanmasına bir referans noktası olup, ‘adil’ ile ‘gayrı adil’ arasındaki fark da buna göre belirlenmektedir.\textsuperscript{584}

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

585 Erdem, 1998, s. 630.
586 Çeçen, 1989, s. 97.
587 Madde şu şekildeki: “Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinini bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ilkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişilerin temel hak ve hüriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleyi bağداءşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırırmak, insanın maddi ve manevi varlığını gelişmesi için gereklidir şarlıkları hazırlamaya çalışmaktadır.”
589 Yazıcı, 2008, s. 746.
haklarına saygı olma’ ibaresinde yer alan saygı, bir varlık yada kurumun ancak kendisi dışında yer alan bir değer için geçerli olacak bir yaklaşımı ortaya koymaktadır. Aslında böylelikle insan haklarının devletin dışında bir olgu olduğu ifade edilmiş olmaktadır. Oysaki insan hakları, anayasal bir devletin var oluş nedenini ve bütün devletsel faaliyetin çerçevesini oluşturmaktadırlar. Devlet bir kurum olarak insan haklarına referanslı oluşacagından hak ve özgürlükler, onun temelinde yer almaktadır. Her ne kadar Anayasa’nın 5. maddesinin devamında insan hakları ile ilgili olarak devlete bir takım engelleri kaldırmak ve gerekli şartları hazırlamak görevi verilmisse de anayasal devletin her şeyden önce onları koruması gerekmekte olup diğer görevleri koruma çerçevesinde ortaya çıkmak zaman içinde gelişecektir. Bu nedenlerden dolayı Anayasa’nın 2 ve 5. maddeleri insan hakları ve dolayısıyla da anayasal devletin varlığı bakımından oldukça sakıncalı düzenlemeleri oluşturmaktadırlar. 590

Anayasal devlet insan haklarına dayalı olan bir devlet anlayışını ifade etmektedir. Anayasal devletlerde, devlet gücü ile bireylerin temel hak ve özgürlükleri birbirine zıt kavramlar olarak ele alınamaz; aksine birey, devletten önce ve devlet dışında dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez nitelikte belli hak ve özgürlüklerin sahibi olarak değerlendirilir. Bu çerçevede insan, onurlu, hayşıyetli bir varlık olarak devletsel faaliyetin nesnesi değil, öznesi konumundadır. 591 Böylece bir devlet düzeninde insan hakları, devletin dışında, ondan ayrı olmayıp aksine 592 devletin bir parçası, temel bir unsurdur. 593 Onun dayandığı, kavramlar ve değerler bütünüdür. 594 İnsan hakları, anayasal devletin var oluş nedeni, çıkış noktası olup herhangi bir şart bağlanması mümkün olmayan mutlak değerlerdir.

590 TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu taslağının 'Cumhuriyetin Nitelikleri' başlıklı 149. maddesinde, söz konusu ibare üzerinde bir uzlaşma varlamadığı, AKP ve BDP tarafından verilen önerilerde, ‘insan haklarına dayanan’ ibaresinin bulunduğu görülmemekteken ‘devletin temel araç ve görevleri’ başlıklı 152. maddesinde, devletin varolus felsefesi değiştiği, devlete insan onurunu koruma görevinin verildiği, insan haklarının; devlet ve ona ait görevlerden daha öncelikli olduğu anlaşılmaktadır. TBMM'de grubu bulunan siyasi partilerin konuya ilgili önerileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Barın, 2014, s. 8-16.
593 Sağlam, 1988, s. 434.
3. Anayasa Devletin Temel Hak ve Özgürlükler Anlayışı


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

595 Turhan, 2005, s. 159-160.
596 Ayrıntılı bilgi için bkz. Turhan, 2005, s. 164.
597 COŞKUN, Vahap, “İnsan Hakları Kapasımı Üzerine Tartışmalar ve Liberal Perspektif”, İçinde: Prof. Dr. Ergun ÖNEN’e Armağan, MÜHYF, İstanbul 2003, s. 622.
598 Turhan, 2005, s.176.
birtakım sorumlulukları da beraberinde taşıyan bir devlettir. Söz konusu sorumluluklarından bir tanesi; ekonomik ve toplumsal hayatın temellerini düzenleyen kuralları bir taraftan ihdas edip bir taraftan bunlara uygulamasını denetleyerek gerekli tedbirleri almak iken bir diğeri ve belki de en önemlisi, toplumsal yaşamda sağlıklı, eğitim gibi sosyal niteliği ağır olan insan onurunu yakından ilgilendiren temel ihtiyaçlarını karşılayacak duruma olan onurunu sağlamak için de çeşitli faaliyetleri yerine getirmektedir.599 Bütün bunlar, devletin söz konusu nitelikteki faaliyetleri bir müteşebbis olarak doğrudan yerine getirmesi anlamına da gelmektedir. Daha önemlisi, toplumsal yaşamda sağlık, eğitim gibi sosyal niteliği ağır olan insan onurunu yakından ilgilendiren temel ihtiyaçları karşılayamayacak durumda olan bireyler için de çeşitli faaliyetleri yerine getirmektedir.599 Bütün bunlar, devletin söz konusu nitelikteki faaliyetleri bir müteşebbis olarak doğrudan yerine getirmesi anlamına da gelmektedir. Ancak bu nitelikteki faaliyetler devlet tarafından kabul edilerek temel hak ve özgürlüğe dönüştürülüp anayasal güvenceye kavuşturulmuştur.600

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

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

600 Ayrıntılı bilgi için bkz. Coşkun, 2003, s. 621.
seviyede gerçekleştirildiği ülkelerde, bireysel özgürlüklerin tehdit altında olduğu yada bunlara bir sınırlama getirildiğini söylemek pek mümkün değildir. 601

Diğer taraftan insan haklarının her biri kendi içinde değerlendirildiğinde, ilgili hakkın süresi konumundaki bireyin hukuksal olarak bir ya da birkaç yenden koruma altında alınıldığı görülmektedir. 602 İnsan onurundan kaynaklanan ve bireyin sadece insan olmasından dolayı sahip olduğu devredilemez ve vazgeçilemez haklar olarak ortaya çıkan insan hakları içerikleri, yerine getirilmiş olduğu fonksiyonları, mevcut sınırlamaları bakımından birbirinden farklı nitelik taşımlarlar. 603 George Jellinek tarafından devlet ile birey arasındaki ilişkinin durumuna göre, ‘negatif statü hakları’ (bireysel özgürlükler), ‘pozitif statü hakları’ (sosyal, ekonomik ve kültürel haklar), ‘aktif statü hakları’ (vatandaşlık hakları) şeklinde üç kategori şeklinde sınıflandırılan haklar; özgürlüğün, birbirine çok sıkı bir şekilde bağlı olan çeşitli yönleri oluşturmakta dır. Bunlardan her biri diğer ile tamamlanıp desteklenmediği sürece özgürlük tam olarak gerçekleşmiş olmaz. 604 Hepsini aynı bütünün ayrılmış mümkin olmayan değişik niteliklere sahip unsurlarındır. 605 Bireysel haklar, sosyal haklar olmadığı zaman tek başına bireyi özgürleştirmeye, kiteler halinde ondan yararlanmasını sağlamaya yeterli olamamaktadır. 606 Örneğin liberal özgürlük anlayışında, eşitlik, şekli nitelikte olup fiilen kullanılamıyor olması önemli olmayan bir husustu r. Bu durum sözleşme özgürlüğü bakımından daha net olarak ortaya çıkmaktadır. Böylece bir devlet düzeninde taraflar kendileri için en uygun sözleşme şartlarını kararlaştırılmak bakımından teorik

---

601 Kapani, 1993, s. 82.
602 ALGAN, Bülent, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s. 73; Ayrıca yerde gelmişken belirtmek gerekir ki, her hak iddiası muhatabına yöneltilmiş olan iki talep içermektedir. İlk eşt muamele görmek, vücut bütünlüğü içinde herhangi bir zarara uğramamak talebi gibi bireyin kişiliğinin bir yönü ilgili özel bir dilek, ikincisi tüm kimliğinin özgür bir şekilde tanınması şeklindeki daha kapsamlı bir talep. Örneğin, herhangi bir etnik azınlıkta mensup kişinin iş başvurusunun surf’ bu nedenle geri çevrilmiş olması durumunda ayrımcılığı olduğunda hakının ihlal edildiğine de sürmesi asında birbirine bağlılık gerektiği olarak garanti edilmiş iki iddiasa bulunması anlamına gelmektedir. Söz konusu ret, hem kişinin bir işle olan ilgili hak haksa yere yadımsıma hem de özgün nitelikli kimliğinin ayrılmaz bir parçası olan etnisitesi nedeniyle önemli bir şeylerdir. Böylece her her hakli, bireyin bir kişi olma taraflı taraflı kararlı bir etkileşimin ve vurgulu ifadesi, rejimin kişinin kimliğine bir bütün olarak tanımlanmasını bir kez daha teyidi olmaktadır. Douzinas, 2015(b), s. 84-85.
604 Kapani, 1993, s. 6.
605 Anayurt, 2000, s. 47.
606 Kapani, 1993, s .6.
olarak eşittirler. Ancak gerçekte, hayatını devam ettirebilmek için iş arayan kişi işverenin sunduğu çalışma koşullarını kabul etmek zorunda kalmaktadır. Söz konusu özgürlüğün fiilen kullanılabilmesi için burada devletin işverenle yapılacak olan pazarlıkta asgari çalışma şartlarını belirleyerek müeyyide ile desteklenmiş olan iş normları ile işverenin sadece kendi menfaatlerini gözeten sözleşme şartlarını kabul ettirmesine karşı iş arayanları koruması gerekmektedir.607

Bunun gibi, sadece sosyal hakların tanınması ise, belki geniş ölçüde örneğin sosyal güvendiği sağlayabilir, ancak bireyi gerçek anlamda özgürleştirmeye yetmez. Diğer taraftan, bu iki kategori hak da, vatandaşlık hakları olmadan, iktidar tarafından her an geri alma riski olan, bu nedenle de onun bahsetmiş olduğu, her türlü destekten ve güvenceden yoksun haklar olarak varlığını kâğıt üzerinde sürdürürler.608 Görüldüğü gibi; insan haklarının bütünlüğü, bölünmezliği ve birbirlerini tamamlama ilkesi gereğince bireyin insan haklarından gereği gibi yararlanabilmek için; şişinde kamu sektörden gelen ve benzeyen ve kanunlarda düzenlenmiş bir takım istisnaların dışında tüm bu haklardan aynı anda ve tam bir şekilde yararlanmasını gerektirmektedir.609 Hakların bir kısmını tanıyıp bir kısmını görmezden gelmek, başka bir ifade ile kısmi nitelikteki bir insan hakları anlayışı, zamanla tüm hakların inkâri sonucunu doğurur.610 Haklar bir bütün olarak, hakku meydana getirmektedir. “Hukuk bir bina ise hak bu binayi ayakta tutan ana kolonlardır.”611 Nasil ki, bu kolonlardan bir tanesinin çökmesi binanın da çökmesine neden olacaksa hakların kismileştirilmesi de hukuk düzeninin ortadan kalkmasına neden olacaktır.612

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

607 GÖREN, Zafer, “Sosyal Devlet”, İçinde: Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayımı, İzmir 2000, s. 3-4.
608 Kapanı, 1993, s. 7.
609 Algan, 2007, s.73-74.
610 Anayurt, 2000, s. 49.
611 Çeçen, 1989, s. 25.
612 Çeçen, 1989, s. 25.
nitelikleri ve bu nitelikleri düzenleyen kurallarla bütünlük, uyum ve denge içerisinde bulunmaları gerektiğiine hükmedilmiştir. Ancak hemen belirtilmelidir ki, söz konusu kararda geçen uyum ve dengenin gözetilmesi hususunun, özgürlüklerin esas alınarak devletin temel organları ve onların niteliklerinin belirlenmesi çerçevesinde olması gerekmekte olup, bu husus anayasal devletin varlığı bakımından büyük önem taşımaktadır.

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

4. Anayasal Devlette Egemenliğin Temel Hak ve Özgürlükler Çerçevesinde Değişimi

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

614 Coşkun, 2003, s. 623.
kullanıp özgür tasarruflarda bulunabilecekleri bir alan olmaktan gittikçe uzaklaşmaktadır. İHEB, tüm ülkelerin uymak zorunda olduğunu hakları düzenlemektedir. Diğer bir ifadeyle, anayasal devleti gerçekleştirerek artık tüm dünya devletleri için bir sorumluluk halini almış; egemenliğin değişimi ve dönüşümü de bu çerçevede anayasal devlet bakımından oldukça önem kazanmıştır.615

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


615 Benzer yöndeki görüş için bkz. Turhan, 2005, s. 233.
616 TARHANLI, Turgut, “Kuvvet Kullanma, Meşruyet ve Hukuk”, AYD, Sy.23, 2003, s. 133.
bunlara eklemek gekmektedir. Tüm bu gelişmeler karşısında egemenliğin, özellikle de anayasal devletteki yeni ve çağdaş anlamı ortaya çıkmakta ve yaşanan tartışmalarla birlikte de egemenlik değer kaybına uğramaktadır.618

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


619 ERDOĞAN, Mustafa, “Egemenliğin Dünü Bugünü”, HAD, Yıl:2, Sy.6-7, 2005, s. 223.

622 Gül, 2010, s. 29.
625 Turhan, 2003, s. 226.

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

626 KOÇAK, Mustafa, Devlet ve Egemenlik, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s. 139.
628 ALGAN, Bülent, “Değişen Egemenlik Anlayışı ve Küreselleşme Bağlamında İnsan Hakları”, KHHD, Sy.27-28, 2006, s.73.
etmeye başlamışlar ve egemenliğin sınırlanması bir olgu olarak, savaş sonrası insan haklarına dayanan demokratik düzenin, uluslararası hukuk yoluyla korunma girişimleri çerçevesinde ortaya çıkmıştır.

Devletin ulusal sınırları içinde sahip olduğu egemenliğin hukuksal boyutunun belirtilen şekildeki dönüşümü aslında insan hakları anlayışında yaşanan dönüşümü ifade etmektedir ve bu süreç kısaca insan haklarının uluslararasılaşması şeklinde tanımlanabilir. Böylelikle devletin, özgürlükler üzerinde dilediği gibi tasarrufa bulunan yetkisi elinden alınarak egemen olduğu topluluğu baskı altına alma imkanı sınırlanmıştır. Söz konusu bu süreç, anayasal devletin globalization olarak nitelemek de mümkündü gibi doktrinde, anayasal düzenin uluslararasılaşması olarak da belirtilmektedir.

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

Devletler, gerek uluslararası,gerekse bu örgütlerin organları tarafından hazırlanan sözleşmeler nedeniyle uluslararası sorumluluk altına girmekte, çeşitli düzeylerde denetlenmektedir. Özellikle XIX. yüzyılda devredilmiş, vazgeçilmez, mutlak ve en üstün olma nitelikleriyle en güçlü olduğu noktaya ulaşmış bulunan ulus devletlerinin egemenlikleri, bu yüzyıdan sonra gerek bölgesel gerekse evrensel ölçekte uluslararası kuruluşlar, örgütlerin insan haklarının hayata geçirilip korunmasına yönelik olarak devletler üzerinde kullanılan yetkilerle büyük ölçüde güç kaybına uğramıştır.

Hemen belirtmek gerek ki, uluslararası alanda ortaya çıkan uluslararası örgütler ile uluslararası örgütler temel özellikler bakımından birbirinden farklıdır. BM, NATO ve benzeri örneklerde de görüldüğü gibi klasik uluslararası örgütlerde amaç, üye devletlerarası işbirliğini geliştirmek iken; uluslararası örgütlerde işbirliğinden daha çok belli konu ve alanlarda bütünleşmenin sağlanmasıdır. Konumuz bakımından ise bu alan elbette ki, insan hakları alanıdır ve bu yönüle oldukça önemlidir. Bütünleşmenin sağladığı alanlarda Başta kural koyma ve uyuşmazlıklıkları çözme yetkisi gibi egemenliğin tezahürü olan yetkiler, üye devletlerden alınmakta ve uluslararası örgütlerin değişik organlarına verilmektedir.

Doktrinde, bu yönüle söz konusu örgütler ile anayasa yargısı arasında olası bir gerilime dikkat çekilmekte ve anayasa hukukunun bu nedenle konuya gereğince ilgi göstermediği belirtilmektedir. Devletlerin söz konusu örgütleri kurarken kurucu andlaşmada yetkileri tanımladıkları; bu tanımlamanın da beraberinde, örgütün

635 BELGE, Murat, “AB ve Globalleşme Sürecinde Egemenliğin Dönüşümü ve Ulusal Egemenliğin Dönüşümü”, AYD, Sy.20, 2003, s. 40.
636 Algan, 2006, s. 73.
639 Hakyemez, 2007, s. 546.
yetkilendirildiği alanlarda kurucu ve üye devletlerin bazı egemenlik yetkilerinden feragat etme, en azından bu yetkileri örgütle veya örgüt üzerinden diğer üye devletlerle paylaşma durumunun da bu gerilimi artırdığı vurgulanmaktadır.640


Yaşanan söz konusu bu süreç, egemenlik anlayışındaki değişimin işaretidir. Çünkü mutlak bir egemenlik anlayışı ile devletin kendi egemenlik sınırları dışındaki herhangi bir kurumsal yapının karşısında sorumlu olması, bir arada düşünülemez. İşte uluslararası düzeyde kurulmaya çalışan ilk örgütler bu anlayışın kırıldığını göstermektedir.643 Bu sürecin başlangıcını ise insan haklarını koruma düşüncesi oluşturmuştur. Tüm bu gelişmelerden sonra uluslararası hukukta egemenliğin, artık, her türlü uluslararası kuruluşla paylaşılması gerektiğini yerine getirme sorumlu olduğu birlikte, ilişki kurma kapasitesi ve hakkı haline dönüştüğü 644 ve uluslararası hukukun çizdiği sınırlar içinde kullanabilinen bir yetki olduğu belirtilmektedir.645 Böylelikle

641 Hakyemez, 2007, s. 547.
642 Ayrıntılı bilgi için bkz. Şen, 2005, s. 220.
egemenlik, bu şekilde elde edilen uluslararası statünün yeni adı olmaktadır. Aslında kanaatımızce tüm bu süreç bir yönlüyle 1648 tarihli Westphalia Barış anlaşmasıyla kurulan ve sadece devletlerin söz sahibi olduğu uluslararası ilişkilerin, devletler, devletlerle uluslararası-ulusüstü örgütler ve bu örgütlerin kendi aralarındaki ilişkiler olarak dönüşmesini sağlamıştır.

Benzer şekilde Avrupa Konseyi’nin kurularak 1950’de üye devletlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni (AİHS) imzalaması, daha sonraki yıllarda kabul edilen protokoller ile Sözleşmenin dinamik bir nitelik kazanarak değişen ve sadece devletlerin söz sahibi olduğu uluslararası ilişkilerin, devletler, devletlerle uluslararası-ulusüstü örgütler ve bu örgütlerin kendi aralarındaki ilişkiler olarak dönüşmesini sağlamıştır.

Bu çerçevede, bireylerin, kendi devletlerini aşarak başka bir yerde hak arayabilmeleri, onu hesap vermek üzere şikayet etmeleri klasik egemenlik anlayışı ile bağdaşmamakta. Doktrinde; AİHS’nin tarihinin, devletlerin egemenliğinde yaşanan değer kaybı ve gerilemenin tarihine dönüştüğü, devlete ait egemenliklerin yoğunluğunun azaltılması gelişimin varlık nedenlerinin başında, insan hakları ideolojisinin değer kazanması olduğu belirtilmektedir ve yaşanan gelişme şu şekilde özetlenmektedir: “Hiç kuşku yok ki, AİHS bir sözleşmedir, ancak olağan bir sözleşme değil, devletlerin seçimini yapan bir fiks menüsü yemek kabul etme durumuna gelmişlerdir. Tamamlayıcı Protokollerde olduğu gibi Sözleşme’nin etkili yapımı için etkili bir yaptırım sistemiyle desteklenmiş olması gerektiğini ve yaşamın sonucu şu şekilde özetlenmektedir:”

Herdegen, 2014, s. 290.
Eroğul, 2003, s. 197.
yönelmiştir. Buna paralel bir şekilde yorumlayıcı açıklamalar ve çekince koymaya ilişkin yetkiler git gide kısıtlandırılmış bir şekilde anlaşılmaya başlanmıştır.”

Özetle belirtmek gerekirse, gerek insan haklarının uluslararası bir nitelik kazanması gerek uluslararası örgütlerce oluşturulan insan haklarına yönelik uluslararası normlar ve çoğu yargısal içerikli denetim mekanizmaları gerekse söz konusu örgütlerin belirtilen çerçevede yürütmuş oldukları faaliyetler, egemenliğin sınırlanarak bir baskı aracına dönüşülmüş olmasını engellemeye sonucu doğumaktadır.

Türk Hukukunda 1982 Anayasası’nın 90. maddesinde 2004’de yapılan uluslararası andlaşmalardan sadece temel hak ve özgürlüklerle ilişkin olanlara öncelik tanınması içeren değişiklik, konumuz bakımından oldukça önemlidir.

Belirtilen değişiklikle, söz konusu nitelikteki andlaşmalar ile kanunların, ‘aynı konuda farklı hükümler içermeleri’ yani çatışma halleri düzenlenmiş; bu durumda andlaşmaların esas alınacağı belirtilerek onlara Türk Hukuk düzeninde hiyerarşik olarak kanunların üzerinde yer verilmiştir.

Belirtilen değişiklik çatışma durumunu düzenlemekteyse de söz konusu andlaşmaların hüküm altında aldığını bir konuda iç hukukta herhangi bir düzenleme bulunmaması halinde yani herhangi bir çatışmanın olmaması halinde ne yapmak gerektiği sorusu önemli olmaktadır.

Doktrinde, bu durumda ortada bir çatışmanın olmadığı ancak çatışmanın bulunmamasının anıltan nitelikteki andlaşma hükümlerine göre yorum ve uygulama yapılmasına engel olmadığı, nasıl ki medeni hukuk alanında bir boşluk durumunda Türk Medeni Kanununun 1. maddesi gereği boşluk dolduruluyorsa burada takip edilecek yolun söz konusu alanda da uygulanması gerektiği, boşluğun doldurulması manevası olarak görülmemesinin aynı nitelikteki andlaşmaların hüküm altına alındığı bir konuda iç hukukta herhangi bir düzenleme bulunmaması halinde çatışmanın olmaması halinde ne yapmak gerektiğini sorusu önemli olmaktadır.


Ulusüstü örgütlerde ortaya çıkan uluslararası hukuk/normları kapsamında, hem bu örgütlerin anayasaları olarak nitelenebilecek kurucu andlaşmaları hem de bu örgütlerin kendi hukuk düzenlerinin somutlaştırılması çerçevesinde ikada ettikleri ve tüm üye devletleri tarafından kabul edilen taraflarla yer almaktadır. Hakyemez, 2007, s. 547.

uluslararası temel hak ve özgürlüklerle ilişkin anlaşmaların doldurulması gerektiği belirtilmekle olup yerel mahkemeler tarafından bile bunun uygulanlığına örnek olarak da Vezirköprü 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin kararı gösterilmektedir.652 Kanaatimize, bu değişiklikle çatışma halinde dahi egemenlik yetkisinden o uyuşmazlık için vazgeçilmesi sonucu doğuran uluslararası anlaşmaların uygulanması öngörülmüşü iç hukukun düzenlemesi dolayışlarıyla konuya ilişkin egemenlik yetkisinden kaynaklanan herhangi bir tasarrufu bulunulmasının öngörüldüğü bir hususta, temel hak ve özgürlüklerle ilişkin uluslararası anlaşmaların uygulanması evleviyetle uygulanması gerekmektedir.

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

655 AYM’nin Fazilet Partisinin kapatalmasına ilişkin 1999/2 E, 2001/2 K, 22.06.2011 tarihli kararının muhalefet şerhinde söz konusu bu durum AYM Başkan Vekili Haşim Kılıç tarafından şöyle dile getirilmiştir: “... Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi demokrasiyi somutlaştıran, üye devletleri ortak demokrasi standardına zorlayacak bir ‘Avrupa Anayasası’ konumuna getirilmiştir. Demokrasinin korunması dişinctesi temel alnarak hazırlanan ve Türkiye’nin de iç hukukunun bir parçası haline gelen bu sözleşme, içerdiği hükümler ve bunların yorumlanmasını sağlayan içerikleri birlikte Anayasa Mahkemesince uygulanması ve ölçü norm olarak kullanılması zorunlu olduğunu ortaya koymaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin bir ölçü norm olarak değerlendirmesi gerekçesini güvendiren, Sözleşme hükümlerini uyguladığını hissettirdi, fakat Sözleşme’yi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin yorum ve içtihatları doğrultusunda değerlendir, kendi anlayışı ve kavrayış ölçüleri içinde ‘destek norm’ olarak uygulamıştır. Böylece Mahkeme, ulusal Anayasa ve yasa hükümlerini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve içtihatlarına uyun yorumlanması...


Diğer taraftan çatışmanın varlığı ve bu durumda hangi hükümün uygulanması gerektiğine karar verecek mercinin, söz konusu Anayasa değişikliğinde belirtilmediği, bunun Anayasa koyucu tarafından, sadece yargı organlarının değil, yasama ve yürütme organlarının da uluslararası temel hak ve özgürlükleri uygulanmasını sağlamak amacıyla bilerek düzenlememişti. Diğer taraftan Anayasa değişikliğinde belirtilmediği, bunun Anayasa koyucu tarafından, sadece yargı organlarının değil, yasama ve yürütme organlarının da uluslararası temel hak ve özgürlükleri uygulanmasını sağlamak amacıyla bilerek düzenlememişti. Kanaatimizce, anayasanın herhangi bir yükümlülük getirilen hükümleri, kullanılmış oldukları kamusal yetkiyle ilgili olduğu sürece tüm kamusal makamlara yöneliktir. Ayrıca söz konusu hüküm, Cumhuriyetin temel organlarının düzenlendiği üçüncü kısmında yer almaktadır. Bu nedenlerle tüm kamusal yetkiye dayalı eylemler ve işlemlerde belirtilen nitelikteki

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

656 Turhan, 2003, s. 226.

657 Çolaker, 2010, s. 58.


659 Çolaker, 2010, s. 59.
uluslararası anlaşlama hükümlerine riayet etme zorunluluğu bulunmaktadır. Bu hususun anayasal devlet bakımından önemi büyüktür.


Öncelik kaydını içeren söz konusu bu düzenlemeyle, uluslararası anlaşmalardan kaynaklı olan uluslararası örgütlerin organlarına ve uluslararası organlar arasında, egemenliğin kullanılmakta, fiilen bir yetki paylaşımı olmuştur. 1982 Anayasası’nın kendisinin biraz daha düzenlenmiş olduğu insan haklarına, temel hak ve özgürlükler kısmında yer verilken 2. maddede insan hakları teriminin tercih edilmiş olması, Anayasanın kendi düzenlemiş olduklarının dışında daha kapsamlı hak ve özgürlüklerin olabileceğine ilişkin bir kabulü yansıtmaktadır. Bunun içinde uygar dünyanın ortak değeri haline gelmiş anılan nitelikte insan hakları yer almaktadır. Bu<=$d_1$>

Öncelik kaydını içeren söz konusu bu düzenlemeyle, uluslararası anlaşmalardan kaynaklı olan uluslararası örgütlerin organları ile uluslararası organlar arasında, egemenliğin kullanılmakta, fiilen bir yetki paylaşımı olmuştur. 1982 Anayasası’nın 6, 7 ve 90. maddelerinde buna paralel olarak yetki paylaşımı öngören bir düzenleme yapılmıştır. Doktrinde, yetki paylaşımı yerine başka devletlerle ortak kullanım söz konusu olduğu için yetki devredilmesi tabirinin kullanılması gerektiği

660 Eroğul, 2003, s. 209.  
663 Yüzbaşıoğlu, 2005, s. 15.
belirten según görüşler de bulunmaka olup yapılan değişikliğin, Anayasasının en üstün norm olma özelliğini devam ettirmesi nedeniyle bir tür ‘egemenlik sendromu’ yarattığı, Kanaatimizce tüm bu gelişmelerin, egemenlik sendromu ya da devri olarak değil de ‘askida egemenlik’ kavramıyla ifade edilmesi daha uygun olacaktır. Çünkü egemenlik yetkisinin, temel hak ve özgürlükler bakımından ve Anayasa’nın 90/4. maddesinde belirtilen hususlar dahilinde, şarta bağlı olarak vazgeçilemektedir. Meseleye egemenlik devri olarak yaklaşılırsa; bu, devletin egemen olmasından kaynaklanan tüm yetkilerin söz konusu örgütlere kullanılması anlamına gelir ve belli bir sürekliliği çağrıştırır. Oysaki örneğin iç hukukta uyumuzların devamı ve yargısal olarak çözümü esnasında insan haklarına ilişkin sözleşmeleri göze daha lehte bir düzenleme yapılrsa karar iç hukuk hükümlerine dayalı olarak ortaya çıkacaktır.

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

Ayrıntılı bilgi için bkz. İnceoğlu, 2005 (c), s. 248. 
Kaboğlu, 2002, s. 111.
Konuyla ilgili olarak 1982 Anayasasında birbirini tamamlar nitelikte şu değişikliklerin yapılması önerilmektedir: 6. maddenin 2. fıkrasında yapılması gereken değişiklik: “Türk Milleti egemenliğini Anayasasının koyduğu esaslara göre yetkili organları eliyle kullanır. Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu uluslararası yekiler kullanan örgütün örgütü ya da kuruluşlara ilişkin andlaşmaları bakımından Türk Milleti egemenliğinin, diğer milletlerle eşit koşullarda, bu örgüt ve kuruluşların yetkili organları eliyle kullanır. Yüzbaşıoğlu, 2005, s. 15; 6. maddeye 2. fıkradan sonra ve son fıkradan önce 3. fıkrada eklenmesi gereken cümle:” Demokrasi, hukukun üstünlüğü ve insan haklarına saygı temelinde milletlerarası işbirliği amaçlayan milletlerarası andlaşmalar ile egemenliği kullanan organların yetkilerinin bir kısmını andlaşmaların gerektirdiği ölçüde devredilebilir. Bu tür andlaşmalar ancak halk oylaması ile kabul edildikten sonra oylanır” İnceoğlu, 2005 (c), s. 250; 7. maddede yapılması gereken değişiklik: “Bu yetki devredilemez: Anayasa ve Anayasa’nın değiştirilememi Şükûmleri ile uyum içinde olmak koşuluyla, uluslararası yekiler kullanan örgüt yada kuruluşlara üyeliğin gerektirdiği hükümler saklıdır.” Yüzbaşıoğlu, 2005, s. 8; Ya da yukarıda belirtilen 3. fıkranın eklemesinden sonra yapılan değişiklik: “Ya da yukarıda belirtilen 3. fıkranın eklemesinden sonra yapılan değişiklik: “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinin. Anayasa’nın 6. madde nin 3. fıkrasında gösterilen istisnalar saklı kalmak üzere bu yetki devredilemez” İnceoğlu, 2005 (c), s. 250; 90. maddesinde yapılması gereken değişiklik: “Uluslararası yekiler kullanan örgütün örgütü ya da kuruluşlara üyeliğin gerektirdiği andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çıkarılması halinde andlaşmalarla ilgili malların çık
sebebi sayılacağı belirtilmiştir.667 Doktrindeki bir görüşe göre, bu şekilde Türk yargı erkinin tabi olacaği yeni bir üst makam oluşturulmuştur. Bu üst makam AİHM’dir. Böylece AİHM, Türk Yargı Sistemi içinde yerini almıştır. 1982 Anayasasının yargı yetkisini düzenleyen 146 vd. maddeleri incelendiğinde AİHM’in yargı sistemimiz içinde bulunmadığı anlaşılacaktır. Ülkemizde hiçbir kimse veya organın kaynağıını Anayasadan almayan bir yetki kullanamayacağı açık iken, AİHM’nin kaynağıını Anayasa’nın 146 vd. maddelerinden almayan bir yetkiye kullanımı Anayasa’nın egemenlik anlayışıyla bağdaşmayacaktır.668

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

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


sürecin kaynağı, anayasayı değiştirmeye yetkisine sahip olan tali iktidarın bağımsız bir karara dayandığından egemenlik kavramıyla uyumluştu.670


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

670 Herdegen, 2014, s. 291.
671 KAPANİ, Münıci, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, Bilgi Yayınevi, 4. Baskı, Ankara 2011, s. 92
673 Sancar, 2003, s. 162.
İKİNCİ BÖLÜM

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

I. DEVLETİN İNSAN HAKLARINA İLİŞKİN ÜSTLENDİĞİ FONKSİYONLARIN ANAYASAL DEVLETTEKİ GÖRÜNÜMÜ

Devletin insan haklarıyla ilgili olarak tanıma-düzenleme, koruma ve gereğini yerine getirme gibi üstlenmiş olduğu fonksiyonlar anayasal devlet bakımından değişik görünümler arzetmektedir.

A. TANIMA (DÜZENLEME)

Uzun bir tarihsel süreçte yayılan ve devlet iktidarına karşı verilmiş zorlu mücadeleler sonucu insanlığın bir kazanımı olan insan hakları, karşı karşıya kalınan farklı nitelikteki bunalımlara yönelik geliştirilmiş çözümler bütünü olup zaman içinde kendine özgü dinamikleri olan potansiyel bir güç niteliği kazanmıştır. İşte anayasa yapım sürecinde düzenlenmesi gereken potansiyel bir güç olarak insan hakları, iktidar iki davranıştan birini tercih etme zorunluluğuya karşı karşıya bırakırlar. Kurucu iktidar ya bu potansiyel gücün gerçekçi bir şekilde tanıyıp kendi özgün yapısıyla hayata geçirmeke üzere düzenleyecek ya da söz konusu gücün denetim altında tutup onu etkileştirme yöntemlerine başvuracaktır. İnsan haklarının devlet yapısında ve toplumsal sistemde sahip olacağı genel değeri de yapılan bu tercih belirleyecek. Anayasal sistemi oluşturan diğer unsurlar ise, insan haklarına kurucu iktidaran bakış açısı ve ona verdiği değeri yansıtır bir şekilde biçimlencektir.674 İnsan haklarının düzenlenmesi aynı zamanda da toplumsal dönemin korunması ile

temel hak ve özgürlüklerin güvenceye kavuşurulma çabaları arasındaki uzlaşımın bir ifadesidir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlüklerin kullanılamasına ilişkin düzenlemeler, bir yandan bunların sınırlarını belirlerken diğer yandan koruma mekanizmalarının çerçevesini de çizmektedir.675

1. Genel Olarak Düzenleme Kavramı


Kanaatimizce bu görüşlere katılma imkânı yoktur. Şöyle ki, günümüzde böyle bir devlet ve özgürlük anlayışı varlığını devam ettirmemektedir. Yukarıda açıklandığı gibi, liberal devlet, hiçbir şeye müdahale etmeyen; başta özgürlükler olmak üzere toplumsal dinamikler karşısında kayıtsız bir tavır içinde olan devlet demek değildir. Devletin en önemli görev ve sorumluluklarından bir tanesi belki de

675 KABOĞLU, Ö. İbrahim, Kolektif Özgürlükler, DÜHFY, Diyarbakır 1989, s. 113.
678 SAĞLAM, Fazıl, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, AÜSBFY, Ankara 1982, s. 18.


681 Sağlam, 1982, s. 21.
ilgili kararında,682 dava konusu olan ve zorunlu eğitimin süresini sekiz yıla çıkaran düzenlenmenin eğitim ve öğretim haklarıyla ilgili bir sınırlama içermemesi, tam tersine bireylerin söz konusu haktan daha kapsamlı yararlanmalarını sağlayan imkânların düzenlenmesi; bu nedenle de sınırlamanın hüküm altında alındığı Anayasanın 13. maddesinin uygulama alanı bulamayacağı hüküm altında alınmıştır. Ancak, söz konusu görüşleri savunanlar da aslında bunu tespit etmenin her zaman çok kolay olmadığını ifade etmektedirler.683

Devlet, insan haklarını başta anayasal düzeyde olmak üzere tüm hukuk düzeni ile tanmaya aslinda onu hukuk sisteminin bir unsuru haline getirmiş olmaktadır. Hak ve özgürlükler anayasal devlet bakımından hukuk sisteminin tamamlayıcısı ya da herhangi bir unsuru olmayıp sistemin temelini-referansını oluşturmaktadır. Boylelikle sisteme dahil olan tüm kurum ve normların içeriği ve işleyişi özgürlükler çerçevesinde belirlenen özgürlükler tüm toplumsal yaşam katmanları bakımından yaşanabilir olmaktadır.

İnsan hakları devletten önce de var olan haklardır. Öncesinde de belirtildiği üzere bunların devletin hukuk sistemi tarafından değişik düzey ve şekillerde tanınıp düzenlenmesi insan haklarına devlet güvencesi sağlamak anlamına gelir. Boylelikle söz konusu güvence ile hak talebi ve mücadelesiyle bir hukuk öncesi durumun şeklinin geçmiş olmakta, devlet temel haklara hem kendisi hem de diğer bireyler açısından bağlayıcılık kazandırmış olmaktadır. Doğal hukuk çerçevesinde sadece ahlaki bağlayıcı gücü olan insan hakları, tanma ile pozitif hukukun bir parçası haline gelerek hukuken de bağlayıcı bir güce kavuşmuş olmaktadır.685

Hemen belirtilmelidir ki kanaatimizce, anayasal devlet bakımından anayasal düzeyde tanma esastır. İnsan haklarının asli ya da tali kurucu iktidar tarafından bir hukuk normu haline getirilerek temel hak ve özgürlükler haline dönüştürülmesi; onlara devletinosopher ilkeleri arasında yer verilerek hak ve özgürlüklerin devletin davranışlarına yön veren bir değerler manzumesi konumuna getirilmiş olması

683 Ayrıntılı bilgi için bkz. Sağlam, 1982, s. 23.
684 Sancar, 2000 (h), s. 115.
685 EREN, Abdurrahman, Türkiye’de İnsan Haklarının Korunması Uluslararası Koruma Mekanizmaları ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü, Turhan Kitapevi, Ankara 2007, s. 95.
sonucunu doğurur. Kanunlar, ancak bu alandaki ayrıntılarla ilgili düzenlenemeyi yapmalıdır. Her ne kadar herhangi bir kanun anayasal düzenleme konusu yapılmamış bir hakkı tanıması, anayasaya aykırılık oluşturuyor olsa bile gerek anayasal devletin felsefesini yansıtmak gerekse kanunların bir gecede değişme ihtimalinin olması bakımından tanımanın, anayasal düzeyde olması çok önemli bir hassasiyeti oluşturulmaktadır.

Böylelikle haklar, sadece insanlara bir takım hak sağlayan kurallar olma durumunu aşarak kanunlar ve diğer alt derecedeki hukuksal düzenlemeler ile yürütme ve yargı organlarının tüm eylem ve işlemlerini karşısında ‘yüksek dereceli normlar’ niteliğini de kazanmış olurlar.686 Başka bir ifadeyle, anayasa hukuku dışındaki tüm hukuk düzeni ve ona dayalı olarak ortaya çıkan tüm tasarruflar, anayasanın bağlayıcı ve üstün bir hukuk metni olması dolayısıyla anayasanın en önemli parçasını oluşturan insan hakları düzenlemeleri ile baño etmekte midir olmasa da, anayasaya aykırıdırlar ve kural olarak geçerli değildirler.687 Ayrıca anayasal düzenleme, insan haklarını gerçekleştirmek konusunda devlete somut adımlar atma görevi vermek; devletin söz konusu hakları ihlal etme imkanlarını ortadan kaldırmak yani ona yasak getirmek sonuçlarını da doğurmaktadır.688 Başka bir ifadeyle, anayasal düzenleme, hakların başta çekirdek (öz) kısımlarını belirtip tanımlamak ve sınırları ortaya koymak suretiyle güvence altına alıp güçlendirmiş olmayı sağlamaktadır.


686 Zafer, 2000 (a), s. 3.
688 Sancar, 2000 (g), s. 138.
689 Eren, 2007, s. 96.
690 Sancar, 2000 (h), s. 118.
birey bakımından insan haklarına varlık kazandırılmamakta; sadece var olan insan haklarını kendisi bakımından bağlayıcı kılarak, insan hakları alanında devletin ve diğer bireylerin sorumluluğunu belirlemektedir. Böylelikle o hakkı özel bir koruma sağlanmış olmaktadır. Hukukça tanıınarak temel hak ve özgürlük niteliği kazanmış olan bir insan hakkı, tanımmamış olana göre daha güvenceli olup bu hak daha etkili bir şekilde korunur hale gelmiş olur. Tanıma, devlet açısından ise kurucu bir nitelik taşımaktadır. Devlet, gerek ulusal gerekse uluslararası hukuk düzeyinde bir insan hakkını tanımsa asla, o hakkını tüm eylem ve işlemlerinde esas alacağını taahhüt ederek kendisi için bağlayıcı hale getirmiş olmaktadır.


691 Eren, 2007, s. 96.
692 GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C.II, Ekin Yayınevi, Bursa 2011, s. 518.
693 Eren, 2007, s. 96.
694 Akad/Dinçkol, 2009, s. 286.
695 Kaboğlu, 1989, s. 113.
696 Tunaya, 1980, s. 218.
697 Kaboğlu, 1989, s. 115.
hükmünden açıkça anlaşılaması nedeniyle hukuk düzeninde yok kabul edilirken yargısal faaliyet sonucu ortaya çıkan yorumla varlığı kabul edilmektedir.698

AYM de, programında Anayasada tanınmamış bir hak olan direnme hakkına yer veren Sosyalist Parti aleyhine açılan kapatma davasında, 1776 tarihi Virginia Haklar Bildirgesi, 1789 Fransız İnsan ve Yurtaş Hakları Bildirgesi gibi insan haklarına ilişkin çeşitli bildirilere ve Alman Anayasasının 20. maddesine atıfta bulunarak söz konusu kavramı bireysel özgürlükler bakımından önemli bulmuş; ‘...direnme hakkı bireysel özgürlüklerle ilgilidir. Bu hak, bir sınıfın diğerleri üzerinde egemenliğini sağlamasının yolu biçiminde yorumlanarak parti kapatılamaz.’ diyerek parti kapatma istemini reddetmiştir.699

Bu nedenle anayasal devletlerde, başta anayasa yargısı olmak üzere yargı çok önemli bir yere sahiptir. Böylelelikle devlet, insan olmak nedeniyle dokunulamaz haklara sahip olan kişilerin iradelerinden türelen bir varlık olarak meşruluk kazanmış olmaktadır.700 Nitekim AYM de, yukarıda ifade edilen kararında, direnme hakkının anayasa hukukuna yabancı bir kavram olmadığını belirterek, kanaatimizece Anayasada düzenlenmemeyen bir hakkı varlığını dolaylı olarak kabul etmiş; yasama organnına bir tür işaret fişeği yükümlüdür. TBMM’ye düşen, bunun izlerini takip ederek konuyu anayasal olarak düzenlemektir. Yasama organının gerek işleyişindeki çeşitli güçlükler gerekse toplumsal değişim ve gelişimi yeterince kavrayamaması gibi bir takım nedenlerden dolayı yargı organları, AYM’nin söz konusu kararında olduğu gibi hak ve özgürlükler lehinde ortaya koyacakları ithatlar ile anayasa koyucuya yol gösterici olmalıdır. Diğer taraftan, her ne kadar TBMM, AYM kararından esinlener ve bu hak düzenleme yapma yoluna gitmemişse de Yüksek Mahkeme, parti programında bu hakka yer vermiş olmaya davalı parti aleyhine yorumlamayarak siyasi parti özgürliğünün hayata geçmesine önemli bir katkıda bulunmuştur.

698 Akbulut, 1991, s. 74.
700 KALABALIK, Halil, İnsan Hakları Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 36.
2. Düzenleme Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması

Temel hak ve özgürlüklerin düzenlenmesinin aynı zamanda bir sınırlama olduğu nun doktrinde, ağırlıklı olarak kabul edildiği yukarıda belirtilmişti. Anayasal devletin temel hak ve özgürlükler düzeni açısından önemli olan ise soyut bir kavram olan insan haklarının hayata geçirilme sürecinde hak ve özgürlüklerin sınırlanma neden, yöntem ve ölçütlerinin kanunlarda değil, anayasalarda düzenlenenmesidir.

Doğal hukuk düşüncesi ve onun temelinde yer alan bireycilik anlayışında, temel hak ve özgürlükler sınırsız olup mutlak niteliktedir. Temel hak ve özgürlüklerin içeriği onu kullanan tarafından belirlenebilir bir özelliğe sahiptir. Devleti, kendisinden önce de var olan bir takım özgürlüklere sahip bireyler meydana getirmiştir. Devletin en önemli görevi, bu özgürlükleri sağlayıp korumaktır. Bu, onun meşruluğunun temel şartıdır. Aksi halde, bireylerin devletle itaat sorumluluğu ortadan kalkar. İlk kez 1789 Fransız İnsan ve Yurtaş Hakları Bildirgesiyle hukuksal bir metinde yer alan bu anlayısta birey, kendi oluşturmuş olduğu devlet karşısında sınırsız özgürlüğe sahip bir varlık olarak görülmektedir ve özgürlüğün tek sınırı, başkalarının özgürlüğüdür.701

Zaman içerisinde özgürlükler söz konusu bireyci anlayıştan uzaklaşarak, toplumsal yaşama uygun hale getirilmeye başlanmıştır. Mutlak ve sınırsız bir özgürlüğün zaman zaman kötüye kullanılabileceği, bir insanın başkasının özgürlüğü alana müdahale etmeksizin de sahip olduğu özgürlüğü toplum aleyhine kullanabileceği anlaşılmıştır. Toplumun ortak yararını korumak için, bireylerin özgürlüklerini ‘kardeşçe’ ve birlikte kullanmalari düşüncesi 1848 Devrimi ile ortaya çıkmış; her geçen gün de gelişmiştir.702 Devletin ve toplumun var olup sürekliliğinin

701 Benzer yöndeki görüşler için bkz. HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, “Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düzişme Özgürlüğünün Objektif Sınurları”, AÜSBFD, Sy.57/2, 2002, s. 19; Sağlam, 1982, s. 129.
702 AKIN, İlhan, Kamu Hukuku, İÜHFY, 2. Baskı, İstanbul 1979, s. 391.
sağlanabilmesi için, hak ve özgürlüklerin sınırlanması kaçınılmaz bir zorunluluktur. Özgürlüğü yok etme özgürlüğünü tanyan en geniş özgürlük anlayışına sahip olan devletlerde bile özgürlüklerin sınırlanması yolunda gidilmiştir. Diğer taraftan temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması dendiğinde hemen aklı olağanüstü dönemler de gelmemelidir. Olağanüstü hal ilanını gerektiren aşamadır.
durumlar olmadan da sınırlama mümkündür. Ancak bu dönemlerdeki sınırlamanın olağan dönemlere oranla daha katı olacağını muhakkaktır.705

a. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Yöntem ve Güvenceler


a.1. Yöntem (Kanunla Sınırlama)


1789 Bildirgesi özgürlüğü tanımlayıp hangi amaçlarla sınırlanabileceğini belirttiğten sonra, bu sınırlamanın ancak kanunla olacağını hüküm altına almıştır. Bu husus, karşılaştırmalı insan hakları hukukunda ve sözleşmelerdeki en önemli ilkelerden biridir ve ‘sınırlama araç tekliği ilkesi’ olarak anılmaktadır.709

Ancak hemen belirtilmelidir ki AİHM, Sözleşme’de geçen kanun terimini geniş yorumlamakta, maddi ya da şekli anlamda bir kanunla temel hak ve özgürlüklerine yönelik sınırlamalar getirmenin işareti devletlerin hukuk sistemlerine göre değişebileceğini belirtmektedir. Mahkemeye göre önemli olan; temel hak ve özgürlüklerine sınırlamalar getiren kanunun şekli yada maddi anlamda olması değil, bunların herkesçe ulaşılabilir ve anlaşılabilir nitelikte olmasıdır.710 Kanaatımızca Mahkeme kararında geçen, “CommonLaw tarafından düzenlenen bir yasağın mevzuat biçiminde düzenlenmediği gerekçesiyle hukukun öngörümediği bir yasak olarak kabul etmek... taraf devletlerin hukuk sistemini sarsaktır.” ifadesinden söz konusu serbestinin, sadece CommonLaw hukuk sistemine dahil olan ülkeler bakımından geçerli olduğunu kabul etmek gerekmemektedir. Mahkeme aslında bunun bir zorunlulukta kaynaklandığını da dolaylı olarak ifade etmektedir. Ortak bir Avrupa kamu hukuku anlayışı oluşturan temel hak ve özgürlüklerde asgari bir güvence ve standart getirmek amacıyla olan Sözleşme ve onu hayata geçiren Mahkeme’nin sınırlama gibi önemli bir konuda yürütme ve idarenin söz sahibi olmasına göz yumduğu düşünülmeləz. Kara Avrupa’şı hukuk sistemine dahil olan ülkeler bakımından temel hak ve özgürlüklerine sınırlamalar getiren kanunların,

708 Benzer yorumlar için bkz. Teziç, 1972, s. 39.
709 DERDIMAN, R. Cengiz, Anayasa Hukukun Genel Esasları ve Türk Anayasa Düzeni, Alfa Yayınları, 2006, s. 201.
711 Sunday Times/Birleşik Krallık, 6538/74, 26.04.1979. e.t: 11.10.2013

Ancak bütün bunlara rağmen bazı anayasaların, çeşitli istisnalar getirerek temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sonucunu doğuran kanun dışındaki bir kısımden düzenleyici işlemlere izin verdiği görülmektedir. Örneğin Fransız Anayasası’nın 34. maddesinde medeni haklar ve kamusal özgürlüklerle ilişkin düzenlemelerin kanun konusu olduğu ifade edilmiş; ancak hak ve özgürlüklerle ilgili herhangi bir istisnaya

⁷¹² Aksi yönde görüş için bkz. ÜNAL, Şeref, “Anayasa Hukuku ve Milletlerarası Sözleşmeler Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanması”, AYD, Sy.11, 1994, s. 50-49.
⁷¹³ Alman Anayasası’nın temel haklarla ilgili bölümünde sınırlama bakımından kanunun tekliği ilkesi çeşitli hak ve özgürlükler bakımından belirtilmişken sonra genel sınırlama maddesi olarak nitelenmektedir. Bkz. 19. maddesinde de söz konusu ilkedendiaylı olarak bahsedilmişdir. 
⁷¹⁴ Kapani, 1993, s. 230.
yer verilmeksizin 38. maddesinde kanun konusu olması gereken bir takım önlemlerin karamname ile alınabileceğini belirtilerek dolayılı da olsa söz konusu izin verilmiştir. Türk hukukunda da 1982 Anayasası’nın ortaya koşmuş olduğu sistemde de, olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlükler kanun hükmünde kararnamlar (KHK) ile bir takım sınırlamalar getirilebilmekte, hatta bazı anayasal güvenceler ortadan kaldırılabilmektedir. (md.15;91/1;121/2;122) Doktrinde, günümüzün sosyal gerçekleri karşısında, temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabilmesi kuralının çok dar yorumlanmasını gerektiği, söz konusu kuralın, kanunun verdiği yetki ve çizdiği çerçeve içinde kalmak şartıyla kendi içinde KHK, tüzük gibi kanun dışındaki diğer düzenleyici işlemlerle sınırlayıcı kararname yapmasına imkan verecek şekilde anlaşılıp uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Kanaatimizce ‘ancak kanunla sınırlanabilir’ ibaresinin bulunduğu anayasal sisteminizde bu mümkün olmamalıdır. Anayasa koyucu söz konusu bu tartışmaların önüne geçmek için ‘ancak’ ibaresini ekleyerek kanunla sınırlamanın mutlak nitelikte olduğunu ortaya koymak istemiştir. Anayasa devlet; temel hak ve özgürlüklerle en üst düzeyde güvenceler sağlanmak zorunda olan devlet demek olduğuna göre anayasal devletlerde sınırlama, sahip olduğu niteliklerden dolayı ancak ve ancak kanunla yapılmalıdır.


716 Kapani, 1993, s. 232.

Sınırlanılarak mümkün olan hak ve özgürlüklerin hangi gereççelere dayanarak sınırlanılarak görüşüne özel sınırlama nedenlerinin anayasada yer almış ve çekirdek (öz) kısımları belirlilerek özgürlüklerin nereye kadar sınırlanabilitéceğinin ortaya konulması, sadece genel sınırlama nedenlerinin öngörüdüğü anayasal sistemlere göre çok daha güvenceli bir temel hak ve özgürlükler düzeni yaratmaktadır. Bu husus, özgürlüğü göre değişen bir sınırlama sistemini ifade etmektedir. Aksine bir durum ise, genel sınırlama sistemi anlamına gelen sınırlama nedenlerinin öngörüldüğü anayasada anayasa hukuk sistemine ifade etmektedir. Sınırlamının farklılaşması ve sınırlama ihtiyacının kademeli nitelik kazanması, her bir temel hak ve özgürlüğün farklı bir nesnel yaşam alanında korunuyor olmasından kaynaklanmaktadır. Bu farklılık, siyasal, sosyo-ekonomik, kültürel ve tarihsel nedenlere dayanmaktadır.

Bu nedenle sınırlı bir özgürlük anlayışının hakim olduğu anayasalarda bile özel sınırlama nedenlerine yer verilerek bu şekilde ortaya çıkan kademeli ve farklılaşmış sınırlama sistemi tercih edilmelidir.722

Son olarak, anayasada sınırlamaya yönelik hiçbir ibare içermeyen hak ve özgürlüklerle ilgili olarak doktrinde ortaya atılan, ‘sınırlamasız temel haklar için yazılı olmayan sınırlar’(anayasa içerişken sınırlama) kavramına deşinmek uygun olacaktır. AAM’ye ve Alman doktrinindeki ağırlıklı görüşe göre, temel hak ve özgürlükler sadece düzenlendikleri maddelerde sınırlanmazlar. Temel hak ve özgürlükler sistematik açıdan birbirleriyle ve diğer anayasaya kurallarıyla anlaşılan bir bütünlük içinde olup o kadar sınırlandırılmış durumdadırlar ki herhangi bir sınır içermeyen hakların kullanılması, diğer temel hak ve anayasal değerlerin oluşmuş olduğu anayasal bütünlük ile bir çatışma, onlara zarar verme durumunu ortaya çıkaranırsa söz konusu hakların sınırları, çatışmış oldukları söz konusu bütünlik ile bu temel hak ve değerler oluşturulmaktadır. Örneğin kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmeye hakkı, ‘başkalarının hakkı’, ‘Anayasaya uygun düzen’ ve ‘ahlak yasaları’ ile sınırlanmıştır. AAM, bir kararında,723 sınırlamasız temel hakların sınırlarını, salt olarak Anayasal düzenin temel düzeninde özellikle de Anayasanın 1. maddesinde güvence altına alınan ve en yüksek değer olan onun onarımını bulacaklarına hüküm vermiştir.


722 Hakyemez, 2002, s. 22.
ve kademeli bir sınırlama sisteminin buna imkân verdiği belirtilmektedir.\textsuperscript{724} Kanaatimize bu, anayasının temel düzeninin hangi menfaati korumak üzere oluşturduğuyla ilgili bir husustur. Anayasal düzen, devleti ve onun menfaatlerini korumak üzere şekillenmişse söz konusu bu görüşler geçerlidir. Ancak anayasal devletlerde anayasal düzen, insan haklarını koruma ve geliştirme temeli üzerinde yükselen geçici belirtilen nitelikleri taşıyan hak ve özgürlüklerin tek sınırını tüm hakların bütününden ortaya çıkacak olan insan onuru oluşturmaktadır.

\textbf{a.2. Ölçülülük İlkesi}


\textsuperscript{724} Gören, 2000 (a), s.101; Sağlam, 2003, s. 164.
a.2/1. Genel Olarak Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesinin temelinde yatan düşünce, hukuksal ilişkilerin adaletli, dengeli ve orantılı bir şekilde düzenlenmesidir.725 Bu husus devlet ile birey arasındaki ilişkilerde daha belirgin olup, devletin birey haklarına yönelik müdahalesinin düşünsel sınırlarını da çizmektedir.726 Anayasa bir devlette kanun koyucu, temel hak ve özgürlüklerle ilişkin yapacağı her türlü sınırlandırmanın, sınırladığını haklı göstermek için gerekli ölçüyü haklı gösterecek ölçünün içinde kalmak zorundadır. Bu haklılığı sağlayacak olan ölçülülük ilkesi, amaca ulaşmadıa kullanılmak en az sınırlama türü ve genişliği ne ise, onunla sınırladığını; bunun üzerinde herhangi bir sınırlandırma yoluna gidilmemesini gerektirmektedir.727 Bu yolla, temel hak ve özgürlüklerle sınırlandırmanın yöneldiği amaç olan kamu yararı bağdaştırılmış olmaktadır.728

Diğer taraftan ölçülülük ilkesi aynı zamanda bir yorum aracıdır. Böylelikle devletin özgürlükler temelinde bireylere olan müdahaleleri olmak hükmü olan sınırlarını, adalet düşüncesi çizmekte; adalet hayata geçirilmiş olmaktadır.729 Ölçülülük ilkesi, sınırlamaya ortaya çıkan özgürlük kaybının yol açtığı maliyet ile sınırlamayla beklenen ve kamu yararını ilgilendiren muhtemel yararların adil bir şekilde tarafların da dahilinde olmayan en az sınırlama türüne gidilmesini ve herhangi bir sınırlama yoluna gidilmemesini gerektirmektedir.730 Bu yolla, temel hak ve özgürlüklerle sınırlandırmanın yöneldiği amaç olan kamu yararı bağdaştırılmış olmaktadır.729

AlİHM, söz konusu ilkeyi denge unsuru bakımından da incelemiştir. Korunmak istenen kamu yararının önem ve ağırlığı ile kamu yararını korumak için bireylerin temel hak ve özgürlüklerine getirilen sınırlımanların önem ve ağırlığı, birey bakımından ortaya çıkan muhtemel sonuçlar karşısında değerlendirilmekte; bunlar arasında bir denge olup olmaması değerlendirilmektedir. Söz

725 METİN, Yüksel, Ölçülülük İkesi, Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s. 19.
727 Derdiman, 2006, s. 204.
728 RUMPF, Christian, “Ölçülülük İkesi ve Anayasa Yargıscılığında İşlevi ve Niteliği”, AYD, Sy.10, 1993, s. 27.
729 Rumpf, 2008, s. 40.
730 ÖĞURLU, Yücel, “AİHM Kararlarında ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak ‘Ölçülülük İkesi’”, İçinde: Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, 2001, s. 489-490.


AYM, bu yaklaşımını bireysel başvurular bakımından da sürdürmekte olup bir kararında “gözetilen genel yararın gerekleri ile bireyun temel haklarının korunması arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığını belirlenmesi zorunludur” diyerek, söz konusu dengenin Anayasa’nın 13. maddesi dolayısıyla tüm temel hak ve özgürlükler bakımından geçerli olacağına hükmetmiştir.

Sadece temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında başvurulması gereken bir ilke olmayan ölçüllülük ilkesi, aynı zamanda bir denetim ve yorum ölçüldüdür. Yürütme ve idarenin takdir yetkisini yönlendirme fonksiyonunu yanında, bir normun somutlaştırılarak herhangi bir uyuşmazlığa uygulanması sürecinde norm alanlarının tespitinde bir ölçüt olma fonksiyonunu da yerine getirmektedir. Bu yönüyle

---


734 Başvuru No: 2013/1614, 03.04.2014, 22.05.2014 tarihli ve 29007 sayılı RG.

735 AIHS’nin yorumunda ölçüllülük ilkesi, genel olarak bir yorum ilkesi olarak kullanılmaktadır. Yokuş, 2002, s. 79.
düşünülüğünde söz konusu ilkenin sınırlandırmadan daha çok dengeleyici bir fonksiyonu yerine getirdiğini söylemek mümkündür.736

Genel hatlarıyla, Ceza Hukuku yaptırımlarının en önemli güvence unsurlarından olan ‘cezanın suçla orantılı olması’ ile klasik bir tarza tanımlanabilen ölçülüülük ilkesi, aslında yaptırım klasik bir tarzda sınırlanabilen genislemesiyyle İdare Hukukuna taşınmış,737 buradan da özellikle anayasa yargısının kurulup gelişmesinden sonra Anayasa Hukukunda giderek yaygın bir geçerlilik kazanmış; günümüzde en çok kullanılan anayasal denetim ölçütlerinden biri haline gelmiştir.738 Anayasa hukukunda, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından gündeme gelen ilke, sınırlandığında ulaşılmak istenen amaç ile sınırlandıran hak arasındaki hukuksal ilişkinin haklı ve meşru olmasını sağlayarak anayasal devlette temel kural olan özgürlüğün asıl, sınırlandığı olması düşünmesi hayata geçmiş olmaktadır.

Diğer taraftan, kamu düzenini korumak amacıyla kolluk makamlarınınacağı her tedbir potansiyel olarak bireylerin temel hak ve özgürlüklerini sınırlama kapasitesini taşımasıdır. Bu husus, ilkenin idare hukuğu alanında da ne kadar önemli olduğunu göstermektedir. Kolluk makamlarınınacağı her sınırlayıcı kararda, bu önlemin sağlayacağı kamu yararı ile sınırlandıran özgürlük arasında bir denge kurulmalı ve bu süreçte de ihlal edilen temel hak ve özgürlüğün önem ve değeri, ihlalin ağırlık derecesi ve kamu gücünden yönelik tehdidin boyutları bir bütün olarak değerlendirilmelidir.739

Tarihsel köken olarak genellikle Alman Anayasa Hukukunda rastlanan söz konusu ilkeye, devlet ile bireyin karşı karsiшая kaldıgı her alanda, dengeleyici ve düzenleyici bir ilke olarak başvurulmalıdır.740 Öyle ki birey sadece egemenlik alanı içinde olduğu devlete ait eylem ve işlemler bakımından değil, diğer devletlerle karşı da söz konusu ilkenin korumasından yararlanmaktadır. Örneğin, ülkelere birbirine

736 OĞURLU, Yücel, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayını, Ankara 2002, s. 23.
737 Oğurlu, 2001, s. 487.
738 Metin, 2002, s. 19.
740 Rumpf, 2008, s. 33.
olan saldırıları karışısında başvurulacak mesru müdafaa hakkının kullanımında dahi aşırı, orantısız gücü başvurmak yasaktır.\textsuperscript{741} Özel hukukta da devletin taraf olduğu sözleşmelerin iptali ve tazminat yüklüğü gibi konularda başvurulan bir ilkedir.\textsuperscript{742} Bu da ilkenin sadece anayasa hukuğu ile sınırlandırılama kadar geniş bir uygulama alanına sahip olduğunu göstermektedir. Ancak normlar hiyerarşisinin sadece, belli bir normun yürütülmesi konulması anlamında olmayıp, bir üstteki normun bir altta yer alan normun durum ve içeriğini belirlemesi anlamına da geldiği düşünüldüğünde ölçüülük ilkesine anayasalarda yer verilmesinin önemi anlaşılacaktır.\textsuperscript{743}

Diğer taraftan ilkenin hukuksal kaynağı tartışmalı bir konudur. Kaynağın hukuk devleti olduğu yönündeki görüş, ölçüülük ilkesinin genel bir geçerliliğe sahip olmadığını açıklayabilen en uygun pozitif temelin hukuk devleti olduğunu savunmaktadır, ilkeyi hukuk devletinin zorunlu bir sonucu olarak görmektedir.\textsuperscript{744} AYM, seçimlere katılabilmek için partilerin örgütlenmesi zorunlu olduğu il sayısını 34 ilden 45'e çıkaran kanunun değişikliğini, seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının özüne dokunulmuş nitelikte bulmuş, sınırlama ile sınırlama amacının makul ölçüleri içinde olmadığını, dolayısıyla da ölçüülük ilkesine aykırı olduğunu karar vermiştir. Söz konusu ilkeyi, temel hakların özü kavramıyla ilişkilendirmiştir.\textsuperscript{745}

AAM’nin vermiş olduğu kararlar arasında, ilkeyi doğrudan doğruya hukuk devleti (Rechtsstaat) ile ilişkilendirdiği belirtmektedir.\textsuperscript{746} Boylelikle Almanya’da gerek uygulamada gerek doktrinde, Söz konusu ilkeye Anayasa Hukukuna özgü normatif bir nitelik kazandırmaktadır.\textsuperscript{747} AAM’nin kararlarının bir tanesinde ilke ile ilgili olarak, “ölçülülük ve aşırılık yasağı ilkleri devletin tüm davranışlarının ana kuralları olarak hukuk devleti ilkesinden çıkarılır ve bunun için anayasal değere sahiptir.” denilmektedir.\textsuperscript{748} Federal Mahkeme’nin ilkeyi, tpki AYM gibi temel

\textsuperscript{741} Oğurlu, 2001, s. 487.
\textsuperscript{742} Örnekler için bkz. Rumpf, 2008, s. 33.
\textsuperscript{743} Rumpf, 2008, s. 33-36.
\textsuperscript{744} Rumpf, 2008, s. 34.
\textsuperscript{745} Rumpf, 2008, s. 34.
\textsuperscript{746} Oğurlu, 2002, s. 24.
\textsuperscript{747} Rumpf, 2008, s. 34.
\textsuperscript{748} BverfGE 19, s.342'den nakleden, Rumpf, 1993, s. 34.
hakların özü kavramıyla ilişkilendiren kararları da bulunmaktadır.\footnote{749} Sonuç olarak Mahkeme, söz konusu ilkeyi hukuk devletinin unsurlarından saymaktadır.

Ölçülülük ilkesi, önce Almanya’da ortaya çıkıp uygulanmakla birlikte, Fransa, Hollanda ve AB’ye üye olan diğer ülkelerde de hukukun genel ilkelerinden biri olarak görülmekte ve geniş bir alanda uygulanmaktadır.\footnote{750} Hukukun genel ilkelerinin, toplumsal yaşamda kendi normlarına ait bir uygulama alanı olmayan ve öteki normların kapsamının belirlenmesinde bir yorum aracı olarak başvurulan ilkeler olduğu göz önüne alınrsa, ölçülülük ilkesi de hukukun genel ilkelerinden sayılmalıdır. Çünkü genel yaşamın bir kısmını düzenleyen bir norm olmayıp diğer normların kapsamını, temel hak ve özgürlüklerin en etkili şekilde korunmasını sağlayacak şekilde belirlemeye yarayan çok önemli bir yorum aracıdır.\footnote{751} Sınırları Avrupa dışına da taşan bu ilke başta anayasa yargıısı olmak üzere ABD, Kanada ve Avustralya’da da yargısal denetimde başvurulan önemli bir araç olmaktadır.\footnote{752}


\footnote{749} BverfGE 19, s.348’den nakleden, Rumpf, 1993, s. 34.  
\footnote{750} Oğurlu, 2001, s. 488.  
\footnote{751} Rumpf, 2002, s. 46.  
\footnote{752} Oğurlu, 2001, s. 489.  
\footnote{753} Günday, 2002, s. 209.  
\footnote{754} UYGÜN, Oktay, 1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1992, s. 163.
Başka bir ifadeyle, amaç ve sınırlama arasında var olması gereken oran devletin kamusal işlemlerinde her zaman olması gereken dengenin unsurlarından birini oluşturmaktadır.


Diğer taraftan, öngörüldükleri amaç dışında kullanılmama yasağının doğrudan ölçülülük ilkesiyle değil idare hukukunun inceleme konularından biri olan yetki saptırmasıyla ilgili olduğu da belirtilmektedir.

756 Oğurlu, 2001, s. 493.
758 Uygun, 1992, s. 164.
759 Özbudun, 2011, s. 114.
760 Erdoğan, 2005 (b), s. 189.

178
a.2/2. Ölçülülük İlkesinin Alt İlkeleri (Elverişlilik, Zorunluluk, Orantılılık)

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sürecinde ölçülülük ilkesine uyulup uyulmadığı denetlenirken ülkeden ülkeye değişen farklı uygulamalar söz konusu olabilmektedir. Kimi ülkelerde denetim genel olarak ölçülülük ilkesi düzeyinde yapılırken kimisinde söz konusu ilke bazı alt ilkelere bölünerek, getirilen sınırlamanın bu alt ilkelere uygunluğu denetlenmektedir. AİHS’nin uygulamasında ilke, alt ilkelere ayrılmazken, ABD, Kanada, Almanya ve Türk Anayasa Mahkemeleri denetimlerini, ölçülülük ilkesini alt ilkelere ayrıarak yapmaktadır. Ölçülülük ilkesi, amaç-araç ilişkisi çerçevesinde ortaya çıkarak hukuksal etkisini gösteren bir ilkedir. Başka bir ifadeyle, kanun koyucu veya idare tarafından kullanılan sınırlama aracıın, sınırlamayla ulaşılması istenen amaca ulaşmak için elverişli ve gerekli olup olmadığı, bu aracı ulaşılması düşünülenen amaçla ölçülü bir oran, adil bir denge içinde olup olmadığı meselesiyle ilgilidir. Günümüzde, ölçülülük ilkesinin, elverişlilik, gereklilik ve orantılılık gibi üç alt ilkeden oluştuğu genel olarak kabul edilmektedir.

a.2/2.i. Elverişlilik

Söz konusu ilke alınan sınırlama tedbiri ile öngörülen amaca ulaşmasını, başka bir ifadeyle sınırlama kullanılan aracıın ulaşılmak istenen amaci gerçekleştirmek bakımından yeterli, uygun olmasını ifade etmektedir. Dolayısıyla yargışal denetimin konusunu, sınırlamanın amaca uygunluğu yada elverişliliği oluşturmaktadır.

762 Örnek karar için bkz. 2012/100 E, 2013/84 K, 04.07.2013, 02.08.2013 tarihli ve 28726 sayılı RG.
763 Hakyemez, 2001, s. 1317.
Elverişlilik alt ilkesi Kanada Yüksek Mahkemesi (KYM) kararlarında ‘mantıksal bağıntı testi’ olarak da adlandırılmaktadır. Günlük yaşam tecrübelerine göre, devletin müdahaleleri ile ortaya çıkan durum ile öngörülen amacın gerçekleşmiş olması değerlendirmesi gerekmektedir. Örneğin, ormanların korunması amacıyla getirilen hız sınırlaması elverişlilik ilkesi çerçevesinde ancak, günlük yaşam tecrübesine göre, zararlı madde atımın azaltılması ilke (müdahale ile elde edilen durum) oranın iyileştirilmesi (amaçın gerçekleşmiş sayılıdı) arasında nedensellik bağı kurulabiliyorsa müdahale elverişli, dolayısıyla da ölçüldür. Müstehcen ürünlerin engellenmesini öngören bir ceza kanunu maddesinin elverişlilik ilkesi bakımından değerlendirilmesinde, müstehcen ürünler ile toplumun geçeceği zarar arasında mantıksal bir ilişki kurulmalıdır.

AYM’nin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandmasına ilişkin yapılmış olduğu denetimlerde, elverişlilik alt ilkesi, çok önemli bir yer tutmaktadır. Örneğin, Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu’nda değişiklik yapılamasına ilişkin 3266 sayılı Kanunla, söz konusu nitelikte olduğu karar verilen basılmış eserlerin toplam satış bedeli üzerinden %40 oranında bir meblağı Toplu Konut Fonuna aktarılmak üzere Maliye Bakanlığı’na yatırılması zorunluluğuna ilişkin para ödeme yükümlülüğü bir para cezası olmadığına, kamu düzeni, kamu yararı, genel ahlak ve genel sağlığa aykırı gelir elde etme eğiliminde olanlara karşı caydırıcı bir yaptırım olduğunu belirterek söz konusu zorunluluğun küçükleri ahlaki ve fizysel gelişimlerinin korunması bakımından nasıl bir fonksiyona sahip olacağı tartışılıyormuş, sınırlama ile sınırlama aracı arasında mantıksal bir bağ kurulmuşdur. Ancak karara muhalif kalan üyeler, Necdet Darcioğlu ve Mustafa Şahin, elverişlilik ilkesini açıkça telaffuz etmeler de söz konusu zorunlulukla küçüklerin korunması arasında doğrudan yada dolaylı olarak bir ilgi bulunmadiğı belirtmişlerdir.

AAM kararlarına göre ise, yapılan sınırlamannın elverişlilik ilkesine uygun olabilmesi için temel hak veya özgürlüğe yönelmiş olan müdahalenin öngörülen

765 Gören, 2000 (a), s. 105.
766 Uygun, 1995, s. 397.
768 AMKD, Sy.23, 1989, s. 91.108.
amaça ulaşmada bir katkısının olması gerekir. AAM bir kararında, şehirlerarası yolculuklarda özel araba sahipleri ile ücretini ödevi yolu yolculuk yapmak isteyenler arasında aracılık yapma faaliyetinin kanunla yasaklanmasını, ulaşım yapanların güvenliğini sağlamak amacı bakımından elverişli bulunmuştur. Alınan tedbir yani sınırlama ile öngörülen amaca yaklaştırılarsa araç elverişli, buna karşılık kullanılan araç, amaca ulaşmayı zorlaştırıyor veya amaca bakımından hiçbir katkı yapımayorsa, araç elverişsizdir. Amaca ulaşmak bakımından yapılan katkıın üst düzeyde olması gerekmemeyip, yardımcı olması yeterlidir. AAM'ne göre sınırlamanın amaca katkısı kısmi düzeyde de olsa elverişlidir. Mahkeme, denetimlerini ‘tamamen elverişiz olmak’ bakımından yapmaktadır.


769 Hakyemez, 2001, s. 1319-1320.
771 Oğurlu, 2002, s. 168.
772 Hakyemez, 2001, s. 1319.
773 Metin, 2002, s. 27.
a.2/2.ii. Gereklilik (Zorunluluk)

Gereklilik ilkesi, doktrinde zorunluluk ilkesi olarak da adlandırılmaktadır. İlke, öngörülen amacı aynı derecede gerçekleştirmeye elverişli birçok aracı içinden temel hak ve özgürlüklerin en az müdahale eden aracını kullanarak amaca ulaşmayı ifade etmektedir. Çok sayıda kullanılması mümkün ve elverişli aracı içinden başta bireylere olmak üzere kamuya en az zarar verecek olan aracın seçilmesi gerekmemektedir. Daha az sınırlayıcı bir müdahale ile aynı veya daha iyi bir sonuç elde edilecekse, bu durumda kullanılan araç gereksizdir. Bu nedenle ilke başta kanun koyucu olmak üzere tüm kamusal makamların, amaçlarına daha az yoğun olan müdahale basamağında ulaşamıyorlarsa ancak bundan sonra daha yoğun basamağa geçmelerini istemektedir. En hafif olmandan en ağıra doğru kademeli bir geçiş gerekmemektedir.

AYM bir kararında, “özgürlükler, ancak; istisnai olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunu olduğu ölçüde sınırlandırılabilirler. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, özgürlük kısıtlamalarının bu rejimlerde özgü olmayan yöntemlerle yapılması ve belli bir özgürlüğün kullanımlarını ortadan kaldırıacak düzeyeye varamaması durumunun, demokratik toplum düzeninin inşa edilerek devam etmesi ve özgürlüğün kural olmasını perspektifinde ortaya çıkıngerekli ölcüyü aşmaması ve özgürlükler bakımından en az sınırlayıcı olan tedbirin seçilmesi gerektiği vurgulamış, söz konusu alt ilkeden, ‘zorunluluk’ olarak bahsedilmiştir. AYM’ye göre zorunluluğun ölcütünü, özgürlükler ve demokratik toplum düzeninin gerekli ilkelere belirlemektedir. AİHM ise gerekli ilkesi, başvurulan tedbirin demokratik bir toplumda gerekli olup olmaması açısından değerlendirilmektedir. Mahkeme, Türkiye Birleşik Komünist Partisinin (TBKP) kapatılamasıyla ilgili karar denetlerken şu görüşlere yer vermiştir: “...daha faaliyetlerine bile başlamadan

775 Metin, 2002, s. 30.
776 Gören, 2000 (a), s. 106.
777 Metin, 2002, s. 31.
779 TBKP/Türkiye, 30.01.1988, kararın Türkçe çevirisi için bkz.
önce verilen ve yöneticileri için siyasal sorumluluk alma yasağı getiren; TBKP’nin derhal ve nihai olarak kapatılması gibi radikal bir tedbir, hedeflenen amaca göre orantısızdır ve demokratik bir toplumda gerekli değildir. Sonuç olarak bu tedbir sözleşmenin 11. maddesini ihlal etmiştir.”

KYM sınırlama amacına ulaşmak için en zarar verici önlemin seçilip seçildiğini denetlerken bir kararı, kanun koyucunun en iyi olanı tercih etmesini beklemiştir, bu konuda kanun koyucuya bir hareket serbestliği tanımaktadır. Ancak seçilen sınırlayıcı tedbirin, ilgili anayasal hakkın niteliğine aykırı olmadığını belirtmiştir.780 AAM’ne göre ise de kanun koyucu, aynı derecede etkili olup, ilgili temel hak ve özgürlük üzerinde sınırlayıcı etkisi daha az olan bir aracı bulamayıorsa, araç gereklidir.781 Bir başka kararı ise gereklik ilkesi şöyle tanımlanmaktadır: “Aynı derecede etkili, ancak temel hakkı hiç veya hissedilir şekilde daha az sınırlayan bir başka aracın seçilme imkanı yoksa araç gereklidir.”782

Gereklik ilkesini şu örnekler çok açık bir şekilde ifade etmektedir:

- Toplantı veya gösteri yürüyüşünün kamu düzeni ve güvenliğini bozma riski durumunda; bunun yasaklanması tedbiri elverişlidir ancak gerekli değildir. Gösterinin şehrin merkezi bir caddesinde yapılması yerine daha kenar bir bölgesinde yapılması yeterlidir.

- Yapılması planlanan toplantı veya gösteri yürüyüşü sırasında toplumsal olayların çıkacağına dair kuvvetli şüphe sebepleri varsa; yüz tanıma sistemi vb. aracılığıyla önceden bu tür suçlardan dolayı haklarla herhangi bir kayıt bulunan kişilerin alana alınmaması yoluna gidilmelidir. Yasaklama ya da toplantının amacına ulaşmayı başaranın dezavantajlı konuma sahip bir yerde yapılması gerekmektedir.

Kanaatimizce gereklik alt ilkesi, eski bir deyimle ehven-i şer olanı seçmeyi gerektirmektedir. Özgürlüğü sınırlayan her tedbir kötüdür ancak anayasal devlette özgürlükler ve devlet iktidarı, şartları anayasa tarafından belirlenmiş olan bir uzlaşımı içinde bir arada yer alacaklarından özgürlüğün sınırlanmasına katlanma zorunluğunu

781 BVerfGE 30, s.292 vd., dan nakleden Rumph, 1993, s. 33.
782 BVerfGE 30, s.292(316), dan nakleden Metin, 2002, s. 31.
bulunmaktadır. Ancak bu, ona en zarar veren tedbirle kerhen gerçekleştirilmelidir. Bu yöüyle genel olarak ölçüülük özel olarak ise gereklik alt ilkesi; söz konusu uzlasyı sağlayan anayasal araçlardan birini oluşturmaktadır.

a.2/2.iii. Orantılılık (Dar Anlamda Ölçülülük)

Ölçülülük ilkesi asıl fonksiyonunu orantılılık alt ilkesiyle yerine getirmektedir. AYM’nin bir kararında, “Tüm özgürlüklerde olduğu gibi basın özgürlüğüne de kamu yararı, genel ahılk ve genel sağlıkın korunması amacyyla sınırlamalar getirilebileceğine... Bu kural doğrultusunda küçükleri, ahıalı yapılara, beden ve ruh sağlıklarına zararlı etkiler yapabilecek yayınlardan korumak kamu yararı dışışincesine dayanmaktadır ve EK MADDE 2’nin bir ve ikinci tümcesi bu bakımından Anayasa’nın 13. maddesine uygundur. Ancak, bu maddenin ‘tekerrürlü halinde bu cezalar üç misli olarak tatbik edilir’ biçimindeki son tümcesi, önleyici ve caydırıcı düzenleme gerekşinimini ile bulunan çare arasında adaletli ve kabul edilebilir dengeyi bozmaktadır. Demokratik toplum düzeninde, basın özgürlüğünü tehdit ve korku atmosferi taşımaktadır.

AYM’nin başka bir kararında ise, sınırlanda makul ölçülerin aşılması bir iptal nedeni olduğu belirtilerek orantılılık ilkesini, amaçla-arç arasındaki makul ölçü olarak tanımlamıştır. AİHM’nin bir kararında ise, sınırlanda makul ölçülerin aşılması bir iptal nedeni olduğu belirtildi. Buna göre, Mahkeme toplumun genel yararın gereklili ile bireyin temel haklarının korunması arasında deenge kuruludurunun korunması ve korunması için AİHM’Sün tümüne hakim olan

784 1986/17, 1987/11 k, 22.05.1987, AMKD, Sy.23, 1989, s. 222.

Söz konusu ilke ile ilgili olarak gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında farklı tanımlamalar yapılmaktadır. En çok rastlanan tanıma göre, bir araç, ulaşılmak istenen amaç ile açık bir orantısızlık içinde bulunmamalıdır veya araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında ölçülü bir oran bulunmalıdır. Araç, ilgililer için katlanılabilmeli, katlanılabilmelirlik sınırlarına uymalı olmalıdır. AAM’ye göre seçilen sınırlama aracı, istenilen sonucu makul(akılcı) bir ilişki içinde bulunmalıdır. Mahkemeye göre, sınır dışı edilme hükümlerinin uygulanmasında ilgili hüküm koruduğu kamu yararı ile sınır dışı edilmenin bireynin ekonomik, mesleki ve şahsi varlığı bakımından ortaya çıkan sonuçlar ile beraber, yurt dışına gitmek isteyen Alman karısı ile olan evliliği ve diğer sosyal ilişkilerinin üzerine olası etkileri arasında bir dengenin kurulması şarttır.

Mahkemeye göre, alınan bir tedbirin ağırlığını, tedbirle ulaşılmak istenen amaç belirlemektedir. AYM’nin bir kararında bu husus dolaylı bir şekilde kanun koyucunun makul davranış gerektiği şeklinde ifade edilmişdir.\(^{796}\) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sürecinde aşırı gidilmesi onangılığı aykırıdır. Bundan dolayı söz konusu illegally dar anlamda ölçülük de denmektedir.\(^{797}\) AİHM’nin bir kararında,“ Belirli bir mesleği edinmek için öngörülen hizmetin, o hizmeti isteyerek önceden kabul edilmiş saylamayacak kadar aşırı bir yük yüklemesi veya mesleğin ileride sağlayacağı getirilirle orantısal olması...” denmektedir. AAM’nin bir kararında da benzer bir şekilde, “sınırlama ile ilgiliye aşırı bir yük getirilmemeli, yani yüklenebilir bir ağırlıkta olmalıdır.”\(^{799}\) denilmektedir.

Özetle belirtmek gerekirse orantılılık ilkesi çerçevesinde aşağıdaki hususların denetiminin yapılacağı doktrinde savunulmuştur.\(^{800}\)

- Başvurulan tedbirle hangi hak kayıplarının ortaya çıkmasına engel olunuyor?
- Başvurulan tedbir ne gibi hak kayıplarına yol açıyor?
- Her iki hak kaybı sonucu bir gibi bir hizmetle karşılaştırılır, bu karşılaştırma sırasında bir değerlendirilme yapılmasının söz konusu hukuki değerleri önemi ve genel olarak konunun istenen değerler birlikte değerlendirilir. Somut olayda değerlendirilmesi gereken bütün hususlar adil bir şekilde tartılduktan sonra bir sonuca varılır.

\[\text{a.3. Öz Güvencesi (Öze Dokunma Yasağı)}\]

Alman ve Türk Anayasalarında yer almakta olan temel hak ve özgürlüklerin özgü kavramu, anayasal devletin insan hakları düzeninde önemli bir ölçü ve güvence

\(^{796}\) 2012/100 E, 2013/84 K, 04.07.2013, 02.08.2013 tarihli ve 28726 sayılı RG.

\(^{797}\) Hakyemez, 2001, s. 1324.


\(^{799}\) BverfGE 48, s.396(402)’den nakleden Rumpf, 1993, s. 34.

\(^{800}\) Metin, 2002, s. 38-39.
fonksiyonunu yerine getirmektedir. 1961 Anayasası’nın 11. maddesinin 2. fikrasında yer alan ‘temel hakların özune dokunma yasağı’ Bonn Anayasası’nın 19. maddesinin 2. fikrasından 801 aynı manner Türk Anayasal Sistemi’ne dahil edilmiştir. Söz konusu maddelerin birinci fikraları genel sınırlama esasları bakımından farklı hükümler taşışa bile 2. fikraları, ifade farklılıklarla olmakla birlikte anlamlar olarak ortak bir hüküm içermektedir. Öze dokunma yasağı, 1961 Anayasası’nın temel hak ve özgürlükler anlayışını en net şekilde yansıyan kuraldır. 802 ‘Öze dokunma yasağı’ ya da ‘öz güvencesi’ ölçütü, her temel hakkın bir özü, cevheri olduğu düşünce dayanmaktadır. Bu yaklaşımın doğruluk bir sonucu olarak da temel hak ve özgürlüklerin belli bir içerikleri olduğu, sadece kullanımların takdirine göre belirlenen değerler olmadıkları kabul edilmektedir. 803

Diğer taraftan temel hak ve özgürlüklerin özünün ne olduğu başka bir ifadeyle onun asgari içeriğini, her bir hakkın farklı bir yaşam alanı korumusundan dolayı bütün haklar bakımından geçerli olarak şekilde belirleyerek tanımlamak da mümkün değildir. Bunu, her hak ve özgürlüğün kendine özgü nitelikleri dikkate alınarak, her somut olay bakımından ayrı ayrı yapmak gerekmektedir. 804 Bu yönden düşünüldüğünde öz güvencesinin çok belirgin olduğu söylenebilir. Ancak her temel hak ve özgürlüğün kendine özgü bir norm alanı içinde mutlak nitelikte dokunulmaz bir çekilide bulunduğunu ve söz konusu bu çekirdeğin alandaki ve söz konusu bu çekirdek alanın anayasalarda yer alan ek güvencelerden hareketle ortaya konabileceği yönündeki yaklaşım öz güvencesine belli bir miktar belirginlik kazandırmaktadır. Ayrıca AYM tarafından çok eski tarihli kararlarından itibaren gözetilen ‘kullanılabilirlik’ 805 kriteri de söz konusu bu güvencenin belirlenmesine katkı sağlamıştır. Zaten özgürlükler


802 Sağlam, 1988, s. 435.

803 Uygun, 1992, s. 186.


alanında kullanılan güvence ve ölçütlerde mutlak bir belirginlik aramak, özgürlükçü anayasal devlet düzeninin dinamik yapısı dikkate alındığında bu düzende her zaman geçerli değişim doğrular olamayacağından söz konusu olamaz.\textsuperscript{806}

Bir hakkın özüne dokunulamaması, her şeyden önce onun asgari düzeyde belli bir içeriğe sahip olması anlamına gelir. Bu içerik, hakkın niteliğine göre üzerinde herhangi bir tartışma, değerlendirme yapılmayacak kadar açık, belli ve tanımı kolayca yapılabilecek bir içerikir. Hakkın özü, bir hak ya da özgürlüğün gerçekten kullanılması,\textsuperscript{807} onu kullanmaya elverişli kılan cevheridir. Öze dokunma ya da müdahale demek onu kullanılamayacak hale getirmek ya da kullanılmamasını son derece zorlaştırmak,\textsuperscript{808} varlık anlamından uzaklaştırırmak,\textsuperscript{809} anlamsızlaştırmak demektir. Aynı zamanda hakkın özü, onun vazgeçilmesi mümkün olmayan unsuru,\textsuperscript{810} onun en net ifadesi, ruhudur.\textsuperscript{811} Bir hak yada özgürlüğe müdahale edileceği zaman yapılan bir değerlendirme hakkın nesinden taviz verilmesi kesinlikle mümkün değildir.\textsuperscript{812}

Kanaatimizce, bütün bunlar bir arada düşünüldüğünde öz güvencesi, herhangi bir hak üzerindeki takdir hakkının sınırlarını çizerek aşılması mümkün olmayan eşiği belirleme ile bu sayede devlet iktidarının belli sınırlar içinde kalmasına hizmet ederek anayasal devletin hayata geçmesine çok önemli bir katkı yapmaktadır. Ayrıca söz konusu ilke güvence fonksiyonunu sadece temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması hususunda değil, tüm kamu proceslerine bakımdan yerine getirerek kamu niteliği takdir yetkisinin sınırlarını çizmektedir. Alman Anayasası’nın 19/2. maddesinde\textsuperscript{813} bir temel hakkın özüne hiçbir şekilde dokunulamayacağı belirtilmek suretiyle, söz konusu yasağın sadece yaasma organna değil, kamu yetki kullanılar tüm makamlara yönelik olduğu belirtmek istenmiştir. Madde başlığının ‘temel

\textsuperscript{806} Eren, 2004, s. 100.
\textsuperscript{807} YÜCE, Tufan Turhan, “Temel Hakların Özü Kavramı ve Sınırlanması Problemi”, İçinde: Dr. A.Recai SEÇKİN’e Armağan, AÜHYF, Ankara 1974, s. 642.
\textsuperscript{808} Eren, 2004, s. 97.
\textsuperscript{809} Derdiman, 2006, s. 203.
\textsuperscript{810} Özbudun, 2011, s. 115.
\textsuperscript{811} Yüce, 1974, s. 646.
\textsuperscript{812} Zafer, 2000 (a), s. 107.


Somut olay bakımından, idarenin toplantının yapılabilmesi için üzerine düşen gerekli hiçbir tedbiri almayarak bir temel hakkı koruma görevini yerine getirmemesi söz konusudur. Eğer idari makamlar yazara, öğretmenleri eleştirmemek şartıyla konuşma hakkı tanımış olsaydı ancak bu durumda bir temel hakkın esprisi, ruhu zedelenmiş dolayısıyla da hakkın özüne dokunulmuş olurdu. Kanaatimizce öz güvenesi bu çerçevede; ancak herhangi bir hakkın ilgili tarafından kullanılmaya başlamasıyla etkisini gösterecek; kullanma şartları bakımından asgari bir güvence sağlayacaktır.

Diğer taraftan, örneğin vatandaşların yapacakları gezileri yer ve zaman bakımından izne bağlamak, inanç ve ibadet özgürlüğünü sadece bir dinin mensuplarına tanıyp örneğin Katoliklere tanımamak, istediği yere yerleşmeyi belli bir azınlığa tanımlamak, ifade özgürlüğünü eğitim seviyesi yüksek kişilere tanımlamak, doktrindeki ifadeyle hakkın esprisini bozan, özüne dokunan sınırlamalar olurdu.815

Türk hukukunda, 1982 Anayasası’nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkına, Anayasa’nın 46. maddesinde düzenlenen kamulaştırma ile bir sınırlama getirilmiştir. İdari makamların kendilerine Anayasa tarafından tanımlanmış olan bu yetkiye nasıl kullanacağıını belirleyen Kamulaştırma Kanunu’nun 38. maddesine göre, hiç ya da usuline uygun bir kamulaştırma yapılmaksızın idare tarafından el konularak kamu hizmetine tahsis edilen taşınmaz bir malın maddede belirtilen hak sahiplerinin yirmi yıl geçikten sonra söz konusu taşınmazda ilişkin her türlü dava hakkı düşmekte; kanunun öngördüğü usul ve esaslara uyan bir kamulaştırma esasları ise diğer sonuçlar doğurarak yaşayışın, idare adına tapu kürtüğüne tescili mümkün olmaktadır. Söz konusu bu hüküm hakkında yerel mahkemece yapılan Anayasaya aykırılık itirazı üzerine AYM yapmış olduğu denetimde, itiraz konusu yirmi yıllık hak düşürücü sürenin geçmesiyile taşınmazın mahkemin her türlü dava açma imkânının engellenmesi ve taşınmazın hiçbir karşılık ödenmeksizin idareye geçmesini, mülkiyet hakkının sınırlanması olgusu așan, hakkı özünü zedeleyen bir durum olarak değerlendirilmştir.816

Diğer taraftan her bir temel hak ve özgürlük, tarihsel süreç içerisinde yaşanan bir takım haksızlıklara karşı bunları gidermek üzere ortaya çıkmış, bu doğrultuda günlük yaşam ilişkilerinin ancak belli bir bölüme hukuksal bir koruma alanı

815 Yüce, 1974, s. 644-647.


817 Sağlam, 1982, s. 156.
818 Sağlam, 1982, s. 156.
değerlendirmişken ikinci kararda her iki güvenceyi birbirinden bağımsız olarak nitelendirmişti.


Diğer taraftan, 2001 Anayasada değişiklikleri ile öz dokunma yasağının Anayasada yeniden yer almasıyla AYM’nin öz güvencesini bağımsız olarak değerlendirmesi gerektiği belirtilmektedir. Özellikle de 13. maddenin yazılış şekli dikkate alındığında, hakkın özüne dokunulmaksızın yapılan bir sınırlamanın da demokratik toplum düzeninin gereklere aykırı olabileceğini özellikle

822 Ayrıntılı bilgi için bkz. Sağlam, 1988, s. 436.
vurgulanmıştır. Şöyle ki, eğer lafzi sıralama göre bir değerlendirme yapılacak olursa, belirtilen sınırımlamalar nedenlerine dayalı olarak kanunla yapılan sınırımlamaların her şeyden önce hakkın özüne dokunmamasını gerektirmektedir. Başka bir ifadeyle, sınırımlamanın sınırları bakımından öz güvencesi adeta bir ön koşul niteliğindedir. Eğer sınırımlama hakkın özüne dokunuyorsa diğer ölçütlere uygunluğun denetimine geçilebilecektir. AYM de söz konusu değişiklikten sonra doktrinde belirtilen bu görüşlere uygun olarak öz güvencesini demokratik toplum düzeni gereksilerinden ayrı olarak değerlendirilmesini kararlarının bir tanesinde, “temel hak ve özgürlükler, istisna olarak ve ancak özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin gereksileri için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak yasayla sınırlanabilirler.” diyerek hakkın özüne dokunmaya bir sınırımlamanın demokratik toplum düzeni gereksilerine aykırı olacağını kabul etmiştir.

Hemen belirtmek gerek ki AlİS’de öz güvencesine yer verilmemiş olmasına rağmen AlİM de AYM’nin söz konusu yaklaşımına benzer bir şekilde, kararlarında bağımsız olarak öz güvencesine yer vermektedir. Belçika Eğitim Dili davasıyla ilgili kararında devletin eğitim alanında zamana ve yere göre düzenleme yapabileceğini ancak bunun, eğitim hakkının özünü zedelememesi gerektiğini belirtmiştir.

a.4. Demokratik Toplum Düzeni Gerekleri

Yukarıda farklı bağlamlarda belirtildiği üzere, anayasal bir devletin varlığı her şeyden önce, temel hak ve özgürlüklerin ne ölçüde güvence altına alındığı ile ilgili bir husustur. Demokratik toplum düzeni gereksileri güvencesi, gerek uluslararası gerekse ulusal hukukta kabul edilmiş olan, temel hak ve özgürlüklerin sınırkanmasının sınırını oluşturarak, bunların daha üst düzeyde güvence altında alınmasını sağlayan çok önemli bir ilke.

823 Erdoğan, 2005 (b), s. 184.
Bir tartsma aracı ve anayasal bir güvence olan söz konusu bu ilke, özellikle de AİHS bağlamında değerlendirilerek uygulanmaktadır; Sözleşmede yer alan bazı hakların sınırlanmasının sınırını oluşturmakta. 8, 9, 10 ve 11. maddelerde yer alan, özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkı, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğü ile 4 no'lu Protokolde hüküm altına alınmış olan serbest dolaşım özgürlüklerinin sınırlanmasında bir güvence unsuru olarak yer almaktadır. Söz konusu bu haklar, milli güvenlik, kamu düzeni, sağlık ve ahlakın korunması gibi nedenlerle sınırlandırılabilir. Ancak, bu sınırlamalar kanunda öngörülmeli ve ‘demokratik toplum düzeninde’ gerekli olmalıdır.


827 TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2009, s. 140.


Diğer taraftan demokratik toplum düzeni, huku ku da içine alacak şekilde demokrasinin evrenseldir ilkelerine bağlı kalarak toplum düzenini oluşturan diğer

831 Söz konusu tartışmalar için bkz. Tanör/Yüzbaşıoğlu, 2009, s. 141; Uygun, 1992, s. 176; Atar, 2002, s. 129.
değerleri de kapsayan bütünsel bir yapıdır. Bu nedenle demokratik toplum düzeni bir yönüyle yerel iken bir yönüyle de evrensel niteliktidir.⁸³⁴

AIHS çerçevesinde AIHM, vermiş olduğu kararlarda demokratik toplum düzeni gereklerini ortaya koymaktadır. Bu güvencenin hangi unsurları içerdüğine geçmeden önce Sözleşme organlarının demokratik toplum düzeninin içeriğini belirleyip yorumlarken demokrasi anlayışında ortak bir Avrupa standardı oluşturma amaçında olduklarını belirtmek gerektiktedir. AIHM, Belçika eğitim dili davasında bu hususu şöyle belirtmektedir:¹⁸³⁵ "...Sözleşme ve Protokol, Sözleşmecilerin egemenlik alanlarında bulunan kişilerle ilişkilerinde bu Devletler tarafından uyulması gereken bazı uluslararası standartları ortaya koyan bir belgedir." Nitekim doktrinde, AIHS bütün Avrupa ülkeleri tarafından onaylanan ‘Avrupa Anayasası’ olarak nitelenmektedir.⁸³⁶ Ayrıca Sözleşme’nin giriş kısmında, taraf devletlerin düşünce birliği, ortak bir siyasi gelenek, ülkü, özgürlük ve hukuk devleti mirasına sahip olduklarını belirttikler demokrasi ve özgürlükler konusunda ortak bir Avrupa standardının olduğu baştan kabul edilmiştir.

Diğer taraftan demokrasi anlayışında bir Avrupa standardı oluşturulurken taraf ülkelerin başta anayasaları olmak üzere ulusal hükmütlük ve bu çerçevede ortaya çıkan uygulamaları, Avrupa genelindeki sosyal, siyasal ve hukuki gelişimler de, Sözleşme organlarına dikkate alınmaktadır.⁸³⁷ Bu husus, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansında Divan tarafında hazırlanan raporda şu şekilde dile getirilmiştir:” …Divan bir kavramın Sözleşme’de kullanıldığı anlamdaki içeriğini somutlaştırırken, pek çok kez, Sözleşmeciler devletlerin anayasalarına, mevzuatına ve içtihatlarına, bunların anayasa mahkemesi kararlarına, dışer uluslararası organların kararlarına... ve nihayet bizzat Sözleşme’de geçen uluslararası hukukun genel ilkelerine atıfta bulunmuştur.”⁸³⁸ AIHM bir kararında,⁸³⁹ hukuk devleti ve bu

---

⁸³⁴ Eren, 2004, s. 140.
⁸³⁶ FROWEIN, A Jochen, “İnsan Haklarının Çağdaş Yorumu” AYD, Sy.9, 1992, s. 111.
⁸³⁷ Uygun, 1992, s. 179.
⁸³⁸ Bkz. VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Avrupa İnsan Hakları Divanı Raporu, Ankara 1990, s. 268-269.
çerçevede özgürlüklerin hayata geçmesi için İHEB ve Viyana Sözleşmesi'ne atıfta bulunmuştur.

AIHM, aşağıda belirtilenler olan kararlarından da anlaşılacağı üzere demokratik toplum düzeni gereklilerinin bir tanımı yapmak yerine, bazı ilke ve değerler çerçevesinde yargısal bir denetim gerçekleştirilmektedir. Doktrinde de bu yöntem desteklenerek, demokratik toplum düzeni gereklilerinin genel, nihai ve kategorik formüllerle belirlenmesi yerine, ilkenin bir önerme olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Böylelikle ulusal ve uluslararası yargı organları ileride ortaya çıkacak yeni durumlar karşısında bir takdir ve serbesti alanına sahip olarak insan hakları alanındaki yeni gelişmelere ayak uydurabileceklerdir. Aksi halde ‘kendi demokrasi anlayışı’ olarak nitelenebilecek ve siyasal tercihlere müdahale imkânı doğabilecektir.840

AIHM, demokratik toplum düzeni gereklileri çerçevesinde, özgürlük, hoşgörü,842 çoğulculuk,843 açıklık,844 azinliğin korunması,845 hukukun üstünlüğü846

840 Arslan, 2002, s. 225.
841 Gören, 2000 (a), s. 117.

197
gibi ilkeler üzerinde durmaktadır. Söz konusu bu ilkelerden çoğunluğ, doktrinde bireysel ve kurumsal olarak incelenmekte olup bireysel açıdan, farklı olma hakkını bireye tanırmak ve kurumsal olarak ise, siyasal ve sosyal anlamda çoğunluğu tanıyıp koruma şeklinde ortaya çıkmaktadır. Özellikle ideolojik alanda bir çoğunluğu vurgulayan kurumsal çoğunluk, anayasal bir devlet yapısında yasama, yürütme ve yargı organlarının, başka bir ifadeyle, kuvvetlerin ayrılığını gerektirmektedir. Bu çerçevede özellikle yargının kuruluş, yetki, çalışma esas ve usulleri bakımından diğer organlardan farklı bir temele oturmuş olması kurumsal çoğunlukun en önemli özelliklerinden birini oluşturmaktadır.

AİHM, zaman içinde sosyal hayatın çeşitli alanlara ilişkin birtakım çoğunluk anlayışları geliştirmekte ve bunu kararlarına gerekçe olarak yansıtmaktadır. Özellikle de ifade özgürlüğü çerçevesinde siyasal çoğunluk, ahlaki çoğunluk, dinsel çoğunluk, eğitsel çoğunluk, kolektif özgürlükler.


Örnek kararlar için bkz. s.198, dn. 843 ve 844.


alanında toplantı ve gösteri yürüyüşleri ile siyasi parti alanlarına ilişkin çokulculuk kararlarda sıkça yer almaktadır. Bu çerçeve devletin, farklı siyasal görüş ve örgütlenmeler karşısında tarafın bir yaklaşımdan uzak bir şekilde, eşit mesafede bulunmasını ifade eden siyasal taraflı ilkleri de, demokratik toplum düzeninin vazgeçilmez unsurları arasında yer almaktadır.

Diğer taraftan ideolojik çokulculuk özel olarak, iktidara gelme mücadele veren siyasi partilerin sayica çokluğunu ifade etmektedir. AİHM’ye göre, devlet çokulculuk ilkesinin nihai garantörü güvencesi. Bir ülke vatandaşlarının benimsemiş olduğu çeşitli düşünce biçimlerinin örgütlü temsilcisi konumundaki siyasi partilerin çokulculoğulu olmadan, ifade özgürlüğünün var olabileceğini düşünmek de mümkün değildir. Siyasi partiler yalnızca siyasal kurumlar aracılığıyla değil; aynı zamanda, başta medya olmak üzere değişik kitle iletişim araçlarıyla toplumsal hayatın her alanında savunan düşünce biçimlerini yansıtarak siyasal alanda yaşanan gelişme ve tartışmalara çok önemli bir katkıda bulunmaktadır ve bunlar demokratik toplum düzeninin en temelinde yer almaktadır. Bu konuda tek sınır, demokrasinin, temel hak ve özgürlüklerin yok etilmesi amacıyla bir araç konumuna indirgenmemesi, AİHM, TBKP kararında 20.07.1967 tarihli Alman Komünist Partisi kararına da atıfda başvurucu partinin, amacının bir sosyal sınıf olarak işçi sınıfının başka sosyal sınıflar üzerinde egemenlik


854 Örneğin karar ve değerlendirilmeler için bkz. s. 280, dn.1164-1166; Türkiye aleyhine yapılan ve ihli konu ile sonuçlanan söz konusu başvurularda AİHM, siyasi partilere ilişkin çokulculoğulu sınırları, ilgili partinin şiddetlere olan yaklaşımasını belirleyeceği, şiddet başvurmadığı ya da bunu teşvik etmediği sürece siyasi partilere ilişkin bir yasalama getirilemeyeceğini belirtmiştir. Uygun, 1992, s. 181.


856 Gölcükü, Feyyaz, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatında 'Demokratik Toplum' Ölçütü”, İçinde: Prof. Dr. A. Şeref GÖZÜBÜYÜK’e Armağan, Ankara 2005, s. 121.
ya da başka bir ifadeyle proleter bir diktatörlük kurma olmadığı; parti hakkında, demokratik toplumun siyasal çoğunluk, genel oyu ve siyasal yaşama katılımı içeren gereklere saygı gösterdiği şeklinde AYM tarafından yapılan tespitin önemli olduğuna, adının ‘komünist’ olmasının tek başına kapatma kararını sözleşmeye uygun hale getirmeyeceğini; yukarıda belirtilen sınırlara riayet edildiği süreci örgütlenme hakkının korunması gerektiğiine hükmetmiştir.858

Diğer taraftan demokratik toplum düzeni, anılan tüm bu hakların çoğunluğa karşı korunmasını da gerekli mektedir. Çünkü çoğunluk tanımı gereği azınlığın varlığını da içermekte ve çoğunluğun hakkı azınlığın var olma hakkını da kapsamaktadır.859 Çoğunluk ilkesi, çoğunluğun azınlık üzerindeki tahakkümü anlamına gelmemektedir. Hukuk düzenleri yasama organındaki çoğunluk iradesi ile oluşturulrsa bile, ancak her bireyin bu düzenin yaratılmasına katılmasına izin verilmesi halinde demokratik toplum düzeninin gereklere yerine getirilmiş olacaktır. Azınlıkta kalanların hukuk düzeninin yaratılmasına katılımını engellemek, çoğunluk ve demokratik toplum düzeni gerekileriyle bağlanmış.860


---

860 Gören, 2000 (a), s. 117; Turhan, 1991, s. 412.
'yararlı', 'makul' veya 'arzu edilen' kavramlarının sahip olduğu esnekliğe de sahip değildir. Toplumsal baskı haline gelmiş bir ihtiyaç durumunu anlatmaktadır.863

a.5. Olağanüstü Yönetim Usullerinde Temel Hak ve Özgürlülklere İlişkin Güvencelerin Varlığı

Olağan-olağanüstü864 hal ayrımı, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasıyla ilgili olarak gerek uluslararası insan hakları sözleşmelerinde gerekse ulusal hukuk sistemlerinde ayrı bir düzenleme konusunu oluşturmuştur. Meselenin anayasal devlet bakımından önemi de bu husus oluşturmuştur. Her iki rejim, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin farklı esas ve usulleri içermektedir. Olağan rejimlerde hak ve özgürlüklerin sınırlanma şartları özgürlükler lehine daha güvenceli bir şekilde düzenlenmiştirken, olağanüstü hallerde ise sınırlamalar daha esnek şartlara bağlanmıştır. Öyle ki sınırlamaya göre hak ve özgürlükler bakımından daha ağır bir durumu ifade eden bunların kullanılabildiği öngörülebilmektedir. Hemen belirtilmelidir ki, olağan rejim kural, olağanüstü rejimler istisnai nitelikte ve bu nedenle de olağan rejim sürekli, olağanüstü rejimler geçici niteliğe ve günümüzde kalıcı bir olağanüstü hal durumu söz konusudur. Doktrinde bu, 'kamp' olarak ifade edilmekte ve şu tespit yapılmaktadır:865 "Kamp, istisna durumunun kurala dönüşmeye başladığı zaman açılan mekandır. Esas itibariyle gerçek bir tehdit durumu gereçte gösterilerek hukusyal yönetimin geçici olarak askıya alınması olan istisnai durum, kampta daimi bir yer düzenlemesi şeklinde


865 AGAMBEN, Giorgio, Kutsal İnsan, Egemen İktidar ve Çıplak Hayat, Çev.: İsmail Türkmen, Ayrıntı Yayınları , İstanbul 2001, s. 220.
Buna göre, örneğin terörle mücadele kanunları süreç içinde en temel özellikleri olan “geçici”likten uzaklaşarak kalıcı bir hukuk halini almaktadır.866


866 Agamben, 2001, s. 221.
867 Tanör, 2000, s. 55.
yasama işlemleri kural olma özelliğini kaybetmekte, yürütme ve yürütme işlemleri bunlar içinde de güvenlik ve kolluköne çıkılmaktadır. Boylelikle yürütme organı istisnai yetkilere sahip olmakta; fonksiyonel bakımından diğer iki temel organa hatta yargı organına da üstünlük kazanmaktadır ki bu durum doktrinde ‘anayasal diktatörlük’ olarak da adlandırılmaktadır. Bu şartlarda ise, devletin ve otoritenin alanı genişlemeke (kamu düzeni genişlemeke); buna karşılık temel hak ve özgürlükler alanı daralmaktadır. Yürütme organı bütün bu yetkilerine dayanarak, olağanüstü halin niteliğine göre, temel hak ve özgürlüklerin bir bölümü veya tamamını özellikle de olağanüstü hale neden olduğu varsayılan haberleşme, seyahat, basın toplantısı ve gösteri, sendikal özgürlükler ve grev hakkı gibi hakları ortaya çıkan tehlikênin büyüklüğüne göre geçici bir süreyle sınırlı olmak üzere geniş ölçude sınırlayabilecek, hatta gerekiyorsa kullanımlarını tamamen durdurabilecektir.

Anayasal devlet anlayışında nasıl ki olağan dönemlerde bir takım keyfiliklerin ortaya çıkması engelleniyorsa olağanüstü durumlar için de aynı yaklaşımda söz konusu olmalıdır. Günümüzün hukuk devletini polis devletinden ayıran en temel özellik, koşullar önemli olmaksızın devletin tüm eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olması zorunluğudur. Bu nedenle anayasal devletin temel hak ve özgürlükler düzeninde, olağanüstü hallerde de, temel hak ve özgürlüklerle ilişkin sınırlamaların esas ve usulleri anayasalarda belirlenerek en üst düzeyde güvenceye kavuşturulmalı; özellikle de yürütmenin yukarıda bahsedilen yetkileri kazanması başta Anayasa olmak üzere kanunlarda düzenlenmiş olması olmalıdır.

Yürütme organına tanınmış geniş ve olağanüstü yetkiler ona kayıtsız şartsız olarak her istediğini yapma hakkı tanılmaz. Yürütme organının bu konudaki yetkileri ne kadar geniş olursa olsun; bu, olağanüstü halin şartlarıyla sınırlı ve geçici olmalıdır. Ayrıca bu yetkileri kullanımların hukuksal sorumluluğu devam etmelidir. Ayrıca doktrinde, olağanüstü halin devletin varlığını savunulması için en son başvurulması gereken bir çare olduğu, devletin olağan hukuksal araçlar ile kendisini savunma imkanı olduğu sürece bu çareye başvurmaya gerek olmadığı, bu

869 Tanör, 2000, s. 55.
870 Tanör/Yüzbaşıoğlu, 2009, s. 147.
871 Hazır, 1998, s. 32.
873 Hazır, 2004, s. 104.
nedenle sadece olağanüstü hal sırasında alınan tedbirlerin değil, olağanüstü halin bizatihi ölçülüülük ilkesine uygun olması gerektiğini ifade edilmektedir. Buna göre, anayasal bir devlette sadece olağanüstü hal sırasında olağan hukuksal düzene dönüşü sağlayan araçlar meşru olarak kabul edilebilir. Olağanüstü hal tedbirleri normal duruma ve böylelikle önceki hukuksal düzene dönüş amacıyla uygulanmalıdır.874

Ancak bu şekilde olağanüstü hal yönetim usulleri hukuksal bir rejim haline gelebilir ve anayasal bir devlette uygulama alanı bulabilir. Özetle belirtmek gerekinsi, olağanüstü hal rejimleri öyle bir hukuksal çerçeve içinde olmalıdır ki, ulusal sınırlar içinde yer alan topluluğun gelecek ve güvenliği ile bu topluluğun üyesi olan bireylerin özgürlükleri, adil bir denge içinde birlikte var olmalı, anayasalar bunun hukuksal şartlarını oluşturmalıdır.

“Mahkeme, daha önceki birçok davada olduğu gibi, terör suçlarının soruşturulmasının, yetkililer bakımından özel problemler doğurduğu görüşünde olmasına rağmen, yargısal denetime tabi olmaksızın bir kimsenin ondört gün tutulmasını kabul edemez. Bu süre çok uzun bir süredir; ve başvurucuya sadece kişi özgürlüğünün keyfi ihlaline karşı değil, işkenceye karşı da aciz durumda bırakmaktadır.” diyerek terörle mücadele şartlarının, bir kişinin yargısal makamlara çıkarılmaksızın ondört gün göz altında tutulmasını gerektirdiğine hükmetmiştir.

Diğer taraftan mutlak koruma altında hak ve güvencelerin varlığı vurgulanarak, dokunulmaz veya çekirdek bir alan öngörülmüş; temek hak ve özgürlüklerin en azından bir kısmı anayasal düzeyde olağanüstü halde bile güvenceye alınmıştır. 15. maddede bunlar şöyle sıralanmaktadır: Yaşama hakkı (savaş hukuku hariç), maddi ve manevi varlığın bütünlüğü (ışkence ve kötü muamele vb. yasakları);RIC dan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanmaya ve bunlardan dolayı suçlanmama; suç ve cezaların geriye yürümezliği; suçlu olduğu mahkeme kararıyla saptanana kadar kimsenin suçlu sayılması (masumiyet karinesi). Bütün bunlara rağmen Anayasa’da olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlüklerin kanun hükmünde kararnameler (KHK) ile düzenlenmesine izin verilmiş olması ve bu KHK’ların Anayasal yargının denetimi dışında bırakılmış olması (md.148) tüm bu güvenceleri etkisiz hale getirmekte; anayasal devlet gereklere ilke bağdaşmamaktadır.879

877 Tanör, 2000, s. 56.
878 TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu taslağını, TBMM’nin yetkilerini düzenleyen madde 83 maddesinde de olağanüstü yönetim usullerinde temel hak ve özgürlüklerin KHK’ler ile düzenlenebileceği öngörülmektedir. TBMM’de grubu bulunan siyasi partilerin konuya ilgili önerileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Barn, 2014, s. 278-282.
1. Genel Olarak Temel Hak Ve Özgürlüklerin Korunması


Temel hak ve özgürlüklerе yönelik tehdit ve ihlalin, devlet ya da onun dışındaki üçüncü kişilere gelmesine göre devletin ödevlerinin niteliği de değişmektedir. Bu çerçevede devletin, saygı gösterme ve koruma şeklinde iki farklı ödevi bulunmaktadır. Sağt gösterme; devletin kamuysal yetkiye dayanarak temel hak ve özgürlükleri ihlal etmesini engellerken; koruma, devlet dışındaki çeşitli güç odaklarını da içerecek bir şekilde, bireylerin temel hak ve

880 Akın, 1979, s. 408.
özgürlüklerine karşı yönelmiş olan tehdit ve ihlallerin devlet tarafından önlenmesi ve yaptırılma bağlanması sağlanmaktadır. Sonuçta da bu iki ödev, tehdit ve ihlalin nerden geldiğini önemli olmakta kesin bireylerin özgürlüklerine yönelik her türlü hukuka aynısı müdahalenin engellenip yaptırıma bağlanması amacıyla yönelik olduğuundan bu çalışmada saygı gösterme ödevi de koruma başlığı altında ele alınacaktır.

Diğer taraftan koruma ile saygı gösterme ödevi arasında etki bakımından bir fark vardır.Şöyle ki, söz konusu ödevlerin bir ‘dikey etki’, bir de ‘yatay etki‘si bulunmaktadır. Dikey etki kendisini, devlet ile özel kişiler arasında gösterirken, yatay etki, özel kişiler arasında gösterir. Başka bir ifadeyle, dikey etki durumunda, temel hak ve özgürlüklerin yükümlü sadece ve sadece devlet iken bir temel hak ve özgürlüğün yatay etkisi varsase özel kişiler, diğer özel kişilerle olan ilişkilerinde onlara karşı bunlarla ileri sürme imkanına sahip olup yükümlü, devletin dışında diğer özel kişiler de olabilmektedir. Toplumsal yaşam içinde bireyler arasındaki özel ilişkilerde çeşitli nedenlerle güçlü konumda olanların diğer tarafına, çoğunluğun azınlığına yönelik dayatmaları, haksız davranışları olabilmektedir. Örneğin, yetişkinlerin çocuklarına, erkeklerin kadınlara, toplumun geniş kesimlerinin toplum içindeki azınlık yada marjinal konumda ki kişilerle olan ilişkilerinde hak ihlalleri günlük yaşam pratiği olarak ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, söz konusu ihlallerin durdurulması, mağdura yardım edilmesi ve doğabilecek ihlallerin doğmasının engellenmesi şeklinde çok yönlü tedbirlerle ihtiyaç bulunmaktadır.

Diğer taraftan, gerek doktrinde gerekse uygulamada insan haklarının kaynağı, tanımı ve nitelikleri arasında görüş farklılıkları olmasına rağmen korumanın, pozitif hukukun konusu olduğunu hakkında görüş birliği bulunmaktadır olup uygulama da bu yönde gelişmiştir. İnsan haklarının kaynağı ve nitelğini açıklarken doğal hukukçular da, hakların korunmasının pozitif hukukun konusu olduğunu kabul etmektedir. Bu çerçevede devlet, bireylerin üçüncü kişilerden kaynaklanan temel hak ihlallerine karşı onları koruma, normları koyma ve bir kanuna dayanarak müdahale etme şeklindeki fonksiyonlarıyla, temel hak ve özgürlüklerin

883 Algan, 2007, s. 86.
884 Gözler, 2011, s. 538.
885 GEMALMAZ, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Haklarını Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Beta Yayınevi, Genişletilmiş ve Güncellenmiş, İstanbul 2003, s. 706.
886 Eren, 2007, s. 73.
kendisine yüklenmiş olduğu koruma görevini yerine getirmiş olmaktadır. Ayrıca devlet, söz konusu fonksiyonlarının mağdurlar bakımından yerine getirilmesi için onların harekete geçip bir girişimde bulunmasını bekleyemeye. Sorumluluğu tek başına mağdurların üzerine bırakamaz. İşte bu noktada uluslararası insan hakları hukuku devreye girmektedir. Örneğin AİHS’nin 2. maddesinde yaşam hakkı güvence altına alınmış; devlet tarafından öldürülmeme ve hayata yönelik tehlike ve risklere karşı yine devlet tarafından etkili olarak korunma hakkını içeren bir şekilde düzenlenmiştir. AİHM’ye göre kamusal makamlar bireylerin hayatına yönelik olan gerçekte ve yakını bir tehlikenin varlığını biliyorlarsa veya somut koşullar bilmeleri gerektirdiği için yetkileri dahilindeki makul tedbirleri almaları gerekçesidir. Aksi halde Sözleşme’ye taraf devletin sorumlu olduğu söz konusu olacaktır.

2. Ulusal/Uluslararası Koruma Farkı

a. Uluslararası Korumanın Ortaya Çıkışı

İnsan haklarının hiçbir yönünde ayrırm rôleyle kapsayacak şekilde uluslararası düzeyde korunmaya başlaması ve belirli kişi yada grupların yine belirli insan hakları ihlallerine karşı korunmasıyla sınırlı olmayan çok yönülü güvenceye kavuşturulması; buna yönelik mekanizmalar oluşturulması yeni bir olgu olup tarihi ancak geçen yüzeyde dayanmaktadır. Özellikle İkinci Dünya Savaştan sonra savaş öncesinde yaşanan insanlık ayırtları nedeniyle insan haklarının etkin bir şekilde korunması ihtiyacı ortaya çıkmış bu durum uluslararası alanda hakların korunmasına yönelik norm, kurum ve mekanizmaların ortaya çıktığını hızlandırmıştır. İnsan haklarının uluslararası düzeyde korunmaya başlamasyla, hak

---

887 Can, 2002, s. 45.
888 Gemalmaz, 2003, s. 707.
889 TANRIKULU, M. Sezgin, “İHAM Kararlarında ve Türk Hukukunda Yaşam Hakki”, TBBD, Sy.66, 2006, s. 52.
ve özgürlükler alanında ülkeler göre değişen farklılıklar ortadan kaldırılarak bireyler uluslararası standartlarda belli haklara sahip olmuştur. Bu amacı gerçekleştirmek üzere XX. yüzyılın ortalarından itibaren çeşitli sözleşmelerle bölgesel veya uluslararası organlar-örgütler oluşturulmuştur. İnsan hakları, önce kursal düzeyde ortaya konmuş bu normatif nitelik kazanıp çeşitli hukuksal belgelerde düzenlenerek devlet tarafından kendi egemenliği altında bulunanlar bakımından ulusal düzeyde koruma takip etmiştir. İnsan haklarının uluslararası alanda korunmaya başlaması dinamik bir sürece eden insan hakları hukuku alanında üçüncü aşamayı oluşturmuştur.891

Hak ihlaline uğrayan bireylere o zamana kadar temel ilke niteliğinde olan devletlerin üstünlüğü ilkesine aykırı olarak, vatandaşlığı ya da egemenliği altında olduğu devlete karşı uluslararası koruma ve denetim mekanizmalara başvuru hakkı tanımlanmıştır. Böylelikle artık birey bir grubun mensubu olarak değil, tek tek insanlar olarak başka bir ifadeyle birey olarak korunmaya başlamış, uluslararası hukukta hak öznesi niteliğini kazanmıştır.892 İnsan haklarının uluslararası düzeyde korunmaya başlaması uluslararası hukukta klasis nitek olarak üzerine kurulu ve teorinin ortadan kalkmasına da neden olmuştur. Bu teoriye göre, devletlerin ulusal mekanlarıyla reinforce oldugunun uluslararası mekan ile uluslararası hukukun klasik olarak devlet kabul edilmesi ve bir araya ışığını teorinin ortadan kalkmasına neden olmuştur. Bu teoriye göre, devletlerin ulusal mekanlarıyla reinforce oldugunun uluslararası mekan ile uluslararası hukukun klasik olarak devlet kabul edilmesi ve bir araya ışığını teorinin ortadan kalkmasına neden olmuştur.893 İnsan haklarının uluslararası düzeyde korunmaya başlaması uluslararası hukukun klasik olarak üzerinde kurulu ve teorinin ortadan kalkmasına da neden olmuştur. Bu teoriye göre, devletlerin ulusal mekanlarıyla reinforce oldugunun uluslararası mekan ile uluslararası hukukun klasik olarak devlet kabul edilmesi ve bir araya ışığını teorinin ortadan kalkmasına da neden olmuştur.894


893 Gülmez, 2000, s. 160.

894 İkinci Dünya Savaşı sırasında meydana gelen acı olaylar, ulusal hukuk düzenlerindeki en temel hukuk kurallarını ihlal eden devletlerin, benzer bir şekilde uluslararası alanda da uluslararası hukuk kurallarını ihlal ettiklerini başka bir ifadeyle, ulusal hukuk ile uluslararası hukuk düzenleri arasında
Bu sürecin temel taşlarından birini BM'in kurulup İHEB'nin yayımlanması oluşturmuştur.

**b. Uluslararası Korumanın Hukuksal Dayanığı**


---

895 Göçer, 2002, s. 21.  
896 Gülmez, 2000, s. 162.  
898 Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Gülmez, 2000, s. 162-190.
c. Ulusal Korumanın Anayasal Devlet Bakımından Önemi


---

899 Eren, 2007, s. 78.
900 GALTUNG, Johan, Bir Başka Açidan İnsan Hakları, Çev.: Müge Sözen, Metis Yayınları, İstanbul 1999, s. 20.
903 Galtung, 1999, s. 20.
904 AKILLIOĞLU, Tekin, İnsan Hakları Kavram Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, İmaj Yayınevi, Ankara 2010, s. 97.
905 Gemalmaz, 2003, s. 704.
ulusal hukuk sistemine dahil edilmemiş yada iki hukuk düzeni arasında çeşitli şekiller ve yöntemlerle ilişki kurulmadıkça ayırt edilmemiş ve iki hukuk düzeni arasında bir anayasal değer taşımaması mümkündür. Bu nedenle söz konusu iki hukuk düzeni arasında bağlantılı kurulması özgürlüklerin korunması açısından oldukça önemlidir. Bu husus, Türk Hukuku’nda 1982 Anayasası’nın 90. maddesi son fıkrasında düzenlenmiştir.

Hemen belirtmek gerekir ki, her ne kadar insan haklarını devletlerin inisiyatifinden kurtarak onu ulusal-üstü bir koruma altında alıp bunlara ilişkin standartları belirlemek üzere bölgesel ve evrensel örgütler kurulmuşsa da insan haklarının asıl ve öncelikli olarak korunması, ulusal hukuk düzeninin göreeidir ve insan haklarını gerek devlete gerek üçüncü şahıslara karşı korumada en temel güvenceyi, kuvvetler ayrılığına, insan haklarına ve hukuk devletine dayalı bir ulusal hukuk sistemi dolayısıyla da anayasal devletin varlığını oluşturmaktadır.


908 Eren, 2007, s. 80.
909 ALTIPARMAK, Kerem, “Türkiye’de İnsan Haklarında Kurumsallaş(ama)ma”, İçinde: Bürokrasi ve İnsan Hakları, TBBY, Ankara 2007, s. 57.
910 Galtung, 1999, s. 20.
911 Yüzbaşioğlu, 2000, s. 397.
912 Akıllioğlu, 2010, s. 98.
mümkündür. Kanaatimizce, anayasal devlet insan hakları doğrultusunda egemenliğinden bir takım tavizler vermişse de bu istisnai bir durum olup; kural, onun egemenlik yetkilerini kullanarak insan haklarına uluslararası standartların da üzerinde bir koruma sağlamasıdır.

XX. yüzyılın ikinci yarısından itibaren kurumsallaşmaya başlayan söz konusu örgütlerin insan haklarının korunması konusunda yeterli seviyeye ulaşamamış olmaları da tüm bu düşünceleri doğrulamaktadır. Bu çerçevede, AİHS de ulusal hukuk sistemlerinde yer alan koruma mekanizmalarının yerini almayı amaçlayan bir sistem kurmuştur. Aksine, AİHM’nin pek çok kararında, Sözleşmeyle ortaya konmak istenen sistemnin ulusal hukuku tamamlayan, ikincil niteliğine dikkat çekilmştir. Uluslararası korumanın ikincil koruma olması ise iki analma gelmektedir. Bunlardan ilki, bir öncelik-sonralık ilişkisine dayanmaktır. İnsan haklarına yönelik bir ihlalin varlığı halinde uluslararası korumaya, ancak ve ancak ulusal hukukun öngörülmüş olduğu koruma yollarıyla bir sonuç alınamaması; ihlalin giderilememesi üzerine başvurulabileceğini anlamına gelmektedir.

Uluslararası korumanın ikincil koruma olması ise iki anlama gelmektedir. Bunlardan ilki, bir öncelik-sonralık ilişkisine dayanmaktır ve bu durumda ihlalin varlığı halinde uluslararası korumaya, ancak ve ancak ulusal hukukun öngörülmüş olduğu koruma yollarıyla bir sonuç alınamaması; ihlalin giderilememesi üzerine başvurulabileceğini anlamına gelmektedir.

Düzenlenmiş olduğu haklar bakımından uluslararası corunması alanda bugüne kadar en etkili koruma mekanizmaları oluşturmuş olan AİHS başka olmak üzere, bireysel başvuru yolu kabul etmiş olan diğer tüm uluslararası sözleşmeler, öncelikle iç hukuk yollarının tüketilmiş olması en temel başvuru şartı olarak öngörülmektedir. Ayrıca bir temel hak veya özgürlüğü ihlal ettiği iddia edilen devlet aleyhine uluslararası bir örgütle başvuru yapılabilmesi, devletin ilgili hakın koruma altında bulunduğu sözleşmeyi ve bazen de sözleşmeye ek olarak kendisine yönelik başvuru yolunu öngören düzenlemeyi kabul etmiş olması gerektirmektedir. Başka bir ifadeyle, ihlale uğramış mağdur konumundaki bireylerin söz konusu başvuruya yapmak bakımından ortaya çıkan iradesi, ancak vatandaş olduğu devletin buna izin veren oeceden benden edilmiş bir iradesi varsa önem ve işlerlik kazanmaktadır. Yani mağdurların uluslararası corunması alanda hak arama iradesi şartlı bir nitelik taşımaktadır. Bu

913 Algan, 2007, s. 155.
914 ÇELİKYAY, Hakan Sabri, “Ulusal İnsan Hakları Korunmaları ve Türkiye”, İçinde: Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları, Der.: Selda Çağlar, Beta Yayınları, İstanbul 2010, s. 447.
916 Algan, 2007, s. 156.
917 ÜNAL, Şeref, Temel Hak ve Özgürülker ve İnsan Hakları Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 1997, s. 103.
durum, yukarıda bahsedilen ulusal/uluslararası hukuk bütünselmesinin konumuz bakımından da önemini ortaya koymaktadır.

Uluslararası korunanın ikincil nitelikte olmasını ise söz konusu korumanın etkililiğiyle ilgili olup, uluslararası örgütlerin sahip olduğu imkânları ile açıklanmaktadır. Buna göre devlet, elinde bulunduрудuğu şiddet tekeli ile çok önemli bir güç olarak ortaya çıkıakta; buna bağlı olarak da bu kurumun elinde temel hak ve özgürlükler konusunda çok önemli imkânlar bulunmaktadır.\footnote{Algan, 2007, s. 156.} Anayasal devlet tarafından kendi iç hukuk sistemi aracılığıyla sağlanan ulusal korumada, konuyu düzenleyen kuralların ihlali halinde, bunu gerçekleştirenlerle karşı, ilgili kuralın niteliğine göre, özel veya kamu özellikle de anayasa hukukuna özgü yaptırımlar uygulanabilmektedir. Uluslararası insan hakları örgütlerinin ise egemenlik yetkisinden kaynaklanan bu türden imkânları bulunmamaktadır. Bu örgütler insan haklarına ilişkin fonksiyonlarını doğrudan doğrula yerine getiremezler. Bunlar daha çok, insan haklarına ilişkin bir sözleşmenin işleyişi ile ilgi sekreterya hizmetlerini yürütmem, özellikle taraf devletler bakımından uygulamada ortaya çıkan sorunları tespit edip çözüm önerileri getirmek, tüm bu gözlem ve denetlemler sonucunda belli periyodlar halinde raporlar hazırlayıp uluslararası kamuoyunun dikkatini bu alanla çektiklik farkındalık yaratmak fonksiyonuna sahiptirler ve zaten bu amaçla oluşturulmuşlardır. Ayrıca unutulmamalıdır ki çeşitli şekillerde de belirtiliği üzere insan haklarının asıl sorumlusu devlettir.

Diğer taraftan, bir devletin ulusal hukuk sistemi tarafından oluşturulmuş olan hak ve özgürlükleri koruma mekanizmalarının işlerlik kazanması, söz konusu devletin ulusal hukukunun geçerli olduğu genel alanında bulunan herkes için söz konusudur. Bu husus ulusal korumanın ‘genel’ olma niteliğini ifade etmektedir.\footnote{Algan, 2007, s. 159.} Anayasal devlet, evrensel standartların ortaya koymuş olduğu tüm hakları vatandaşlarına tanıyarak ulusal korumanın genel niteliğini en üst seviyelere çıkarmakla sorumludur. Ancak, herhangi bir uluslararası koruma mekanizmasının aynı devletin ihlale uğramış vatandaşının mağduriyetini giderebilmesi için, çeşitli şartların oluşması gerekmektedir. Başvuru konusun ihlalin ilişkili olduğu hakkın uluslararası sözleşme tarafından düzenlenerek koruma altına alınmış olması, ilgili...
devletin söz konusu sözleşmeyi onaylayarak kendisi açısından bağlayıcılığını kabul etmiş olması, ihlalin, bireysel başvuru mekanizmasının o devlet tarafından onayından sonra meydana gelmiş olması bu şartların bazıları olarak belirtilebilir. Anılan son şart, ulusalarausahaan sözleşmelerin zaman bakımından geçerlilikli ve ilgili olup ulusal korumanın sahip olduğu ‘sürekllilik’ özelliğinin uluslararası korumada daha zayıf nitelikte olduğunu ortaya koymaktadır.

Örneğin İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme ve çok sayıda ek protokolden oluşan AİHS’nin sağlamış olduğu uluslararası koruma mekanizması ancak, tüm bu metinlerde düzenlenenmiş olan hak ve özgürlükler bakımından işlerlik kazanmaktadır. Sözleşmede herhangi bir şekilde düzenlenip koruma altında alınmamış hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiasına ilişkin başvurular, AİHM tarafından yetkisizlik gerekçesiyle reddedilmektedir. AİHM’nin çeşitli kararlarında da vurguladığı gibi, bir uluslararası sözleşme ve bu arada AİHS, bir devleti ancak kendisi açısından yürürlüğe girdiği tarihten sonra meydana gelen olaylar bakımından bağlayıp sorumluluktan sökülür. Söz konusu ilke, bireysel başvuru hakkının işletilebilmesi bakımından da geçerlidir. AİHM, Mansur-Türkiye davasında, başvurunun konusunu oluşturan davanın, Türkiye’de yapılan yargılamasının makul sürede olup olmadığını denetiminde, Türkiye’nin AİHM’nin yetkisini kabul ettiği 22 Ocak 1990 tarihini esas almuş, sürenin tespitini bu tarihe göre yapmıştır. Kanaatimizce, anayasal devlet; ulusal ve uluslararası hukuk bütünselinde temel hak ve özgürlüklerle tananan korumaya, ağırlıklı yeri işgal edip böylelikle uluslararası korumayı oldukça istisnai bir hale getirmekle sorumlu olan devlettir.

3. Anayasal Devlette Yeni Ulusal Koruma Mekanizmaları

Devlet egemenliğinin tezahür şekillerinden olan yasama ve yargı yetkisinden kaynaklanan tasarrufların, yürütme ve onun bir uzantısı olan idare tarafından hayata

920 X/Almanya, Başvuru No: 220/56, 15.07.1967; X/İsviçre, Başvuru No: 7211/75, 06.10.1976; X/İsviçre, Başvuru No: 6916/75, 08.10.1976. e’t: 05.09.2014


924 Altıparmak, 2007, s. 54.

II. Dünya Savaşı’ndan sonra ister kraldan, ister seçimle iş başına gelen çoğunluktan gelsin fark etmeksizin önemli olmanın insanların korunmasını korumak olduğu anlamış; özgürlüklerin biraraya gelmesi yeni bir ulusal ve uluslararası hukuk düzenine geçilmişdir. Bu çerçevede, temel hak ve özgürlükleri seçimle gelen çoğunluklarдан gelebilecek tehlikere karşı korumak için alınan önlemlerden ilki, 925 Yüzbaşıoğlu, 2000, s. 398.

Siyasi bir nitelik taşıma birlikte insan hakları, yasama organına karşı korunan diğer mekanizma, Dilekçe Komisyonu, İnsan Hakları İzleme Komisyonu gibi sürekli-geçici mekanizmaları içerir. Diğer taraftan, kural olarak, insan haklarının yargıya gereksinim duyabilecek şekilde bir hukuki kaynak yaratma caringası, yasama organının, insan haklarının en önemli güvencesi ve koruyucusudur. Ancak hemen belirtilmelidir ki, kanaatimizde söz konusu kuralın varlığı, yargıya gereksinimin her sebepten önce bağımsız; bağımsızlık kuralının gerçekleştirilmesine gereken bir amaç olarak da taraflı bir çözüm olmasının ve her şeyden önce hukuki bağımsızlık kuralının, ona esas olarak elde edilen bağımsızlık kuralının her şeyden önce bağımsız; bağımsızlık kuralının güncellenmesi gereken bir amaç olarak da kararlaştırılması gerektiğidir. Söz konusu nitelikleri taşımayan bir yargı, iktidarların elinde en önemli insan hakları ihlali aracına dönüşebilir. Ancak, ülkemizde tutuklama tedbirine örnek olarak görüldüğü gibi, özgürlük bilincisi gelişmemiş; devleti koruma refleksi ile hareket eden bir yargı da aynı derecede temel hak ve özgürlükler bakımından büyük bir risk oluşturur.

Yasama ve yürütmenin fonksiyonlarına karşılık, insan haklarını koruma yarar organlarının etkin rolüne yukarıda deşinilmiştir. Temel hak ve özgürlüklerin yargı yoluya korunması, koruma sistemleri içinde en etkili olandır. Anayasal devletin bir gereği olarak hak ve özgürlüklerin korunmasında, öncelikle ulusal hukuk sisteminde yer alan hukuksal düzenlemelerle önleyici tedbirler alınır. Buna rağmen bir hak ihlalı ortaya çıkarsa, ilgili hak ve özgürlüğün yargı kararlarıyla yeniden inşa edilmesi ve ortaya çıkan zararın telaş edilmesi sağlanır. Yargı organlarının bu önemli fonksiyonu yerine getirebilmesine için, yargıda güvence unsuru olarak var


926 Çelikyay, 2010, s. 459,447.
928 Altıparmak, 2007, s. 55.
929 Çelikyay, 2010, s. 463.
930 Altıparmak, 2007, s. 55.
931 Atar, 1998, s. 1292.
932 Bu yöndeki görüşler için bkz. Altıparmak, 2007, s. 59.
933 Bu yöndeki görüşler için bkz. Ünal, 1997, s. 103.
arasındaki mesafeyi kapatarlar. Diğer taraftan bağımsız ve tarafıza olma nitelikleri ile resmi kurumlardan; kanuni dayanağa sahip olmaları nedeniyle de sivil toplum örgütlerinden ayrılmaktadır.

Ülkeden ülkeye değişen farklı örgütlenme modelleri ve çalışma yöntemleri ile ortaya çıkan bu kurumların genel bir tanımı yapmak zor olmakla birlikte BM insan hakları sözleşmelerinde hükümet tarafından kurulan organları karşılamak üzere yapılan kapsamlı ve resmi nitelik taşıyan bir tanma göre UİHK kavramı, devlet tarafından anayasa, kanun veya diğer bir düzenleyici işlem ile kurulmuş ve insan haklarının geliştirilmesi ve korunması alanında, görevleri açıkça tanımlanmış bir organ olarak ifade edilmektedir. UİHK doktrinde ise, insan hakları alanında görevli yarı resmi yada kanuni kurumlar olarak da tanımlanmıştır. Bu tanımlama, söz konusu kurumları herhangi bir kamu kurumundan veya sivil toplum örgütünden ayırmıştır.

Öncesinde de belirtildiği üzere yargı fonksiyonu, yürütme ve onun bir uzantısı olan idarenin, insan hakları ihlallerini ortadan kaldırmak için en etkili yoldur. Bu durumda böylesine bir koruma mekanizması varken neden bu tip korumaları ihtiyaç hissetmek gerektiği sorgulanmaktadır. Yargı şüphesiz bu alanda çok etkilidir ama tek yol değildir. Her şeyden önce, insan hakları ihlal edildikten sonra devreye girilmektedir. Başka bir ifadeyle, önleyici olmayıp bastırıcı bir niteliğe sahiptir. Oysaki haklar ihlal edildiken sonra de almabilmek ve bastırıcı niteliğe sahip olmak için ancak yargının bu tip bir müdahalesi çok istisnai bir nitelik taşımaaktadır. Örneğin işkence yasağı, bu alanda ancak yargının bu tip bir müdahalesi çok istisnai bir nitelik taşımaaktadır. Örneğin işkence yasağı, bu alanda ancak yargı kontrol etmeye zor olmaktadır. Hemen hemen tüm ülkelerin ceza kanunlarında işkence ve kötü muamele suçu düzenlenmiştir ve diğer vücut bütünliği ve yönetimini ihlallere oranla daha şiddetli cezalar öngörülmüşdür. Ancak buna rağmen söz konusu yönteme başvurulması...

934 BECO, Gauthierde, "Avrupa'da Ulusal İnsan Hakları Kurumları", http://www.ihop.org.tr/dosya/uihk/avrupa.pdf, s. 8, 30. e.t: 05.05.2014
935 Çelikyay, 2010, s. 463, 447.
936 Çelikyay, 2010, s. 463.
938 Aydınlı, 2010, s. 7.
939 Altıparmak, 2007, s. 56.

Özetle belirtmek gerekirse kanaatimizce, anayasal devlet bakımda önemli olan; egemenlik yetkisinden kaynaklı yetkiler kullanılarak oluşturulacak çeşitli kurumlar aracılığıyla insan haklarının korunması sağlanmasıdır. Bu çerçevede, ÜİHK, gerek yargıyı tamamlayan gerekse yukarıda belirtilen kendine özgü faaliyetleriyle anayasal devletin temel hak ve özgürlükler düzeninde önemli bir yer tutmaktadır.

ÜİHK’nin çeşitli modelleri bulunmaktadır:

- İnsan hakları komisionları, kamu denetçileri (ombudsmanlar) ve etnik veya dilsel azınlıklar, yerli topluluklar, çocuklar, sığınmacılar ya da kadınlar gibi belirli hassas grupların haklarını korumakla görevli özel ulusal kurumlar,
- Danışma komisionları, yargı yetkisine sahip komisionlar, insan hakları merkezleri, insan hakları kamu denetçileri,
- Ulusal komisionlar, ulusal danışma komisionları, ulusal ayrımcılık karşıtı komisionlar, kamu denetçileri ve sonuncuların bir türü olan “defensor del pueblo” olarak adlandırılan grup.

940 Altıparmak, 2007, s. 56.
941 Altıparmak, 2007, s. 56.
942 Ünal, 1997, s.104.
Doktrinde bu tür milli kuruluşların ombudsman kurumu ve insan hakları komisyonları şeklinde iki başlık altında toplanacağı belirten görüşler de bulunmaktadır. Bu çalışmada bu iki kuruma yer verilecektir.


Doktrinde, Paris İlkelerinde öngörülen ulusal kurumların temel özelliğinin devlet tarafından kurularak finans desteği verilmesi ve fakat aynı zamanda yürütümeden bağımsız olma olduğu ancak Türkiye’deki hiçbir yöntemsel yapılanmanın bu şartları yerine getiremediği bu nedenle de ulusal kurumların uluslararası ağını 

943 Aydın, 2010, s. 7.
944 Beco, s.1.
946 Altıparmak, 2007, s. 63,65.
temsil eden Ulusal Kurumlar Uluslararası Koordinasyon Komitesi (UKUKK) tarafından üye olarak kabul edilmediği belirtilmektedir. Türkiye’de UİHK bağlamında, Türkiye İnsan Hakları Kurumu Başkanlığı, İnsan Hakları Üst Kurulu, İnsan Hakları İhlali İddialarını İnceleme Heyetleri, İnsan Hakları Danışma Kurulu, İnsan Hakları Eğitimi On Yılı Ulusal Komitesi, Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu (BEDK), İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları, Ombudsman kurumları bulunmaktadır. Şimdi ulusal koruma mekanizmalarından bazılarını inceleyeceğiz:

a. Ombudsman(Kamu Denetçisi)


Bu çerçevede, aslında idarenin denetlenmesi dolaylı olarak olarak insan haklarının korunması anlamına gelmektedir. Ombudsman klasik olarak idarenin her türlü eylem ve işleme karşı bu nunların hukuka aykırı olduğu iddiasıyla yapılan başvuruları inceleyip değerlendirebildiği bunlardan insan hakları ihlalini taşıyanların da yargı-dışı denetimini yaparak insan haklarının korunmasına katkı yapmaktadır. Ombudsmanın bu fonksiyonu diğer taraftan, insan hakları ihlali ile hukuka aykırı idari eylem ve işlemler arasındaki ilişkiye açığa çıkardıktan vurgulamaktadır.

947 Altıparmak, 2007, s. 65, dn. 29.
Macaristan, Polonya ve Slovenya gibi özellikle yeni gelişen demokrasilerde ombudsman kurumunun insan hakları ihlallerini araştırıcı ve düzeltici rolü gittikçe artmaktadır ki bu durum kurumun en önemli özelliği haline gelmiştir. Bu ülkelerde, sadece insan haklarına ilişkin konularda görev yapmak üzere, ‘İnsan Hakları Ombudsmanı’ kurulduğu görülmektedir.

Doktrinde, ombudsman kurumunun temelinde yatan düşünce ile insan haklarının uluslararası alanda da korunmasını amaçlayan uluslararası sözleşmelerin temelindekinin hemen hemen aynı olduğu; bu temelin idarenin adaletle bağdaşmayan keyfi hareketlerine karşı bireyin korunması olduğu belirtilmektedir.

Özetle belirtmek gerekirse, ombudsman; idarenin netmini konusunda faaliyet gösteren diğer klasisik mekanizmalarla birlikte fonksiyonlarını icra eden bir kurum olarak insan hakları alanında çeşitli faaliyetleri yerine getirmektedir. Parlamentoya bağlı bir organ olmakla birlikte görevini diğer idari kurumlar için belirlenmiş olan usul ve esaslar içinde yapmakta ancak yapmış olduğu denetim sonuçları itibarıyla yargısal denetime benzemektedir. Böylece insan haklarının korunması alanında önemli görevleri yerine getiren bir kurum olma özelliğiyle anayasal devlette önemli bir yere sahip olabilme potansiyelinin taşmaktadır.

Ombudsman gibi bir kurumun insan haklarının korunması alanında yapabileceği fonksiyonlar dört başlık altında ifade edilebilir. Bunlar; eğitici, dayıcı, kamu yönetiminin iyileştirilmesi ve düzeltici etkisidir. Bugün birçok ülkede yönetici ve bireyler kendilerine tanımlı olan hakları gerek bilmediğini gerekse çağdaş insan hakları ve demokratik hukuk devletine inançlarının zayıf olmasından dolayı, bu konuda eğitime ihtiyaç duydukları durumlarda, ombudsman bu çerçevede yürütmiş olduğu faaliyetleri, araştırma ve incelemeleri ile bireylere, insan haklarını ve bunları korumanın yollarını öğretmektedir. Eğitici etkisi sadece bireylerin gerçekte mağdur oldukları haklı başvuruları bakımından değil, aksi durumlar içinde varlığını devam ettiğinden ombudsman her başvuru üzerinde çalışıp iddialarla

952 Algan, 2007, s. 116.
954 Erhürman, 2000, s. 340,343.
ilkleri bir değerlendirme yapacağından yapılan başvurunun neden hukuken korunabilir olmadığını veya başvuru konusu yetki alanı dışında ise aslında nereye hangi süreler içinde başvurulması gerektiğini kararında göstererek de eğitici etkisini ortaya koymaktadır.  

Sadece dava açmak konusunda gerekli bilinç ve imkanlara sahip olan bireyler tarafından harekete geçirilebilecek; bir takım usullere dayalı olarak ve yavaş çalışan yargı mekanizması tarafından değil, bireylerin başvurularını hiçbir formalite veya şekil şartına bağlı olmadan alıp yine aynı şekilde sonuçlanıran, basit ve masrafsız, çok daha hızlı hareket edebilen, idare içinde daha kolay bir şekilde sirayet edebilen ve re’sen de harekete geçme özelliğine sahip kurum olarak ombudsman tarafından denetleneceğini bilen idare, hukuka aykırı yada özel hak ve özgürlükleri ihlal eden bir işlem veya eylemde bulunurken bir kez daha düşünerek daha dikkatli davranmak zorunda olduğunu hissetecek. Güçlü ve etkin bir ombudsmanın yaratabileceği caydıracı etki, hak ihlallerine daha doğrudan ortadan kaldıracağı için bu diğer etkilerden daha önemli olacaktır. Ayrıca, ombudsmanın yerindelik denetimi yapma özelliği de anılan etkisini artıran diğer bir faktör olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ombudsman, gerek tek tek başvuruları inceleyerek hazırlayacağı gerekse kamu yönetiminin iyileştirilmesine yönelik önerilerini içeren periyodik raporlar ile eğitici ve caydıracı etkilerinin yanında, kamu yönetimini iyileştirici bir etkiye de sahiptir. Ombudsman bu raporlardan, insan haklarına dayanan bir kamu yönetiminin hangi kurallara göre hareket etmesi gerektiğini idareye bildirecek ve bu yönde bir uygulamanın hayata geçmesine katkıda bulunacaktır. Ombudsman ya kendisine yapılan bir başvuruya üzerine ya da re’sen harekete geçmekte, konuyla ilgili olarak gerekli inceleme ve araştırma işlemlerini yaptktan sonra, iddia konusu işlem veya

---

956 Erhürman, 2000, s. 345.
959 Gölönü, 1997, s. .7.
960 Erhürman, 2000, s. 345.
961 Erhürman, 2000, s. 93.
962 Erhürman, 2000, s. 345.
eylemsizliğin hukuka aykırı olduğu ya da yerinde olmadığı kanaatine ulaşırsa, bu durumun ortadan kaldırılması için nelerin yapılması gerektiğini bir raporda idareye bildirerek düzeltici etkisini göstermektedir. Örneğin, ülkemizde kamuoyunda gezi olayları olarak bilinen toplumsal olaylar ve kişisel verilerin korunması ile ilgili öngörülleri çok yakından ilgilendiren konularda kamu denetçiliğini kurumu tarafından idareye tavsiyelerde bulunmuştur.


Ombudsmanın yürütme ve idareden bağımsızlığı diğer önemli bir özelliğidir. Bu nitelikte olmayan bir kurumun ombudsman olarak nitelendirilmesi mümkün

---

966 Gölnö, 1997, s. 8.
967 Gölnö, 1997, s. 8.
968 Erhürman, 2000, s. 340.
değildir. Ancak idare ve yürütmenin tüm etki ve müdahaleinden uzak kılınmış bir kurum, idare üzerinde gerçekten fonksiyonel bir denetim предоставırmak için bir ombudsman kurumunun kurulması nedeniyle insan haklarının korunmasına hizmet edebilir. Aksine bir durum ombudsmanın klasik denetim mekanizmalarından herhangi bir farklı olmaması sonucunu doğuracaktır.669 Dünyadaki ombudsman uygulamaları incelendiğinde söz konusu özelliğin sağlanması için ombudsmanın parlamentolar tarafından seçildiği görülecektir. Parlamento tarafından seçilen ve yürütme güçünün etkisinden uzaklaşacağı dönemde parlamento tersebut rapport veren ombudsman, yürütme gücünün etkisinden uzaklaşacağı hukuki ve fiili şartlara sahip olacaktır. Ancak yasamada çoğunluğu elinde bulunduran ve iktidarda olan siyaset partinin seçeceği ombudsmanın, iktidara bağlı olarak ombudsmanın, kamu yönetiminden etkisinde kalmasıyla ilgili şüpheler ortaya çıkmaktadır. Örneğin İsveç'te Parlamento tarafından seçildiğinde parlamento tarafından seçildiğinde, YİGİT'te hükümetin önerisi üzerine Kraliçe tarafından atanmaktadır.70 Fransa'da ise hakların koruyucusu başlığı altında Anayasa’nın 71. maddesinde düzenlenmektedir ve Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır.71

Ombudsmanın parlamento oy oluşturacak tüm partilerin ortak adayı olması ideal olmakla birlikte toplumun çeşitli kesimlerinin temsil edildiği bir parlamento oluşumunda bunun pek mümkün olmaması nedeniyle en azından bir uzlaşımın sonucu olarak seçilebilmesi önemli bir hususdur. Bunun içinde ombudsman seçiminde karar yeter sayısı olarak nitelikli çoğunluğun esas alınması bu kurumun amacına daha uygun olacaktır.

Diğer taraftan ombudsmanın parlamento tarafından seçilmesi onu parlamentonun bir organı haline getirmez.72 Çünkü bu kurum sadece yürütme ve idare karşısında değil seçim ve görevden alınmasının hususları dışında yasama organına karşı da bağımsızdır. Ombudsman gücünü parlamentodan alır; parlamento onu seçim gerektigiinde görevden alabilir ancak ona herhangi bir şekilde emir veya talimat

669 Erhürman, 2000, s. 341.
70 Gökçe, 2012, s. 207.
72 Saygın, 2008, s. 1064.


973 Eren, 2000, s. 84.
974 Gölnü, 1997, s. 6-7.

Anayasa koyucunun bu ¥neriyi kabul etmem£s£ olmas£na r£¤men doktrinde, Anayasa’nın 108. maddesinde yer alan Devlet Denetleme Kurulunun bir tür ombudsman oldu¤u g£r£is£ i£ile getirilmemiﬂtir. Bununla birlikte, Devlet Denetleme Kurulunun hic bir sekilde ombudsman£n fonksiyonlar£n£ yerine getiremeyecegi a¢iﬂtur. Çünkü ¨onesinde de belirtildi£i üzere, ombudsman£n temel ¨zelliklerinden biri ba£gmsiz olmas£dir. Oysaki söz konusu Kurul, Cumhurba§kan£na baﬂli olup üyeler£ de onun taraf£ndan ¥eçilkmeke£tir. Ayr£ca ancak Cumhurba§kan£nin i¢tegi üzerine harekete g€£ti de dikkate alınd£¤inda Kurulun ba£gmsiz olmad£¤i, dolay£s$yla da ombudsman niteli£i ta§mad£¤i görülmektedir.

Di£er taraf£n Kamu Denetçileri Kurulu ile ilgili bir ¥enemenin olmamas£na r£¤men Anayasa’nın 74. maddesinde; “Vatandaﬂlar ve kar§ılk£lilik esasi gostetilmek kayd$yla T£rkiye’de ikamet eden yabanc$lar kendileriyle veya kamu ile ilgili d¶lek ve $ikayetleri hakk$nda, yetkili makamlara ve T£rkiye Büyük Millet Meclisine yaz$ ile basvurma hakk$na sahiptir.” denilerek anayasa olarak vatanda§larla $ikayet hakk$ verilm£stir. Di£er taraf£n 1990 yllnda ¥karılan 3686 sayılı “Insan Haklar$n¥ Inceleme Komisyonu Kanunu” tam anlamıyla ombudsmanl£¤i

975 Saygın, 2008, s. 1046.
karşılaması da; ombudsmanlık kurumunun Türkiye’deki uygulamasının başlangıcı olarak değerlendirilebilir. 3686 sayılı Kanunu’nun 4.maddesinin e, f, g fıkraları;
“İnsan haklarının ihlale uğradığına dair iddialar ile ilgili başvuruları incelemek ve gerekli gördüğü hallerde ilgili mercilere iletmek, gerektiğinde dış ülkelerdeki insan hakları ihallerini incelemek ve bu ihalleri o ülke parlamentelerinin dikkatlerine doğrudan veya mevcut parlamenter forumlar aracılığıyla sunmak, her yıl yapılan çalışmalar, elde edilen sonuçları, yurtiçi ve dışında insan haklarına saygı ve uygulamaları kapsayan bir rapor hazırlamak” şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu kanununla komisyona verilmiş olan görevler, ombudsmanın yetki ve görevlerinin insan haklarına özgülenmiş şeklini oluşturmaktadır. Komisyonun, parlamento tarafından oluşturulması da ombudsmanlıkla benzer diğer bir niteliğidir. Ancak ombudsman Komisyondan farklı olarak parlamento dışından seçilmektedir.

İlerleyen süreçte Haziran 2006 tarihinde Kamu Denetçiliği Kurumu adı altında ombudsman kurulması amacıyla 5521 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu’nun kabul edilmiştir.977 Ancak Anayasa Mahkemesi’nince bu Kanun önce Geçici 1’inci maddesinin yürürlüğünü durdurmuştur,978 ardından da tümyle Anayasaya’a aykırı bulunarak iptal edilmiştir.979 İptal kararıyla belirtilen gerekçeler doğrultusunda 2010 Anayasası değişiklikleriyle “ombudsmanlık” kurumunun anayasal düzeyde hukuk sistemimize dahil olmuştur. Söz konusu değişikliklerin 8. maddesiyyle, Anayasannın 74. maddesinin kenar başlığı “VII. Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı” şeklinde değiştirilmiştir; üçüncü fıkrası kaldırılmış ve söz konusu maddeye aşağıdaki fikralar eklemiştir:

“Herkes bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişine ilgili şekilde inceler.

Kamu Bağdenetçisi Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından gizli oyla dört yıl için seçilir. İlk iki oylamada üye tamsayısını üçte iki ve üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu aranır

97713.10.2006 tarihli ve 26318 RG.
9782006/140 E, 2006/33 K, 27.10.2006. Bkz. 01.11.2006 tarihli ve 26333 sayılı RG.
Üçüncü oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için dördüncü oylama yapılır; dördüncü oylamada en fazla oy alan aday seçilmiş olur.

Bu Maddede sayılan hakların kullanımla biçimi, Kamu Denetçiliği Kurumunun kuruluşu, görevi, çalışması, inceleme sonucunda yapacağı işlemler ile Kamu Başdenetçisi ve kamu denetçilerinin nitelikleri, seçimi ve özlük haklarına ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.”


Benzer şekilde, ombudsmanın görev süresinin Cumhurbaşkanlığı görev süresinde olduğu gibi iktidarın görev süresinden fazla olması ve bir daha seçilme imkânının olmaması bağımsızlık bakımından önemlidir. Kanun 14. maddesi incelendiğinde görev süresinin beş yıl olarak belirlendiği görülmektedir. TBMM seçimlerinin 4 yılda bir yapıldığı dikkate alındığında beş yıllık sürenin kabul edilebilir bir süre olduğu görülmemekten söz konusu maddenin 2. fıkrasında yeniden

980 26.06.2012 tarihli ve28335 sayılı RG.
seçilme imkânının verilmiş olması bağımsızlığı zedeler niteliktir. Kanun 12.
maddesinde, hiçbir organ, makam, merci veya kişi, Başdenetçiye ve denetçilere
şövalye ile ilgili olarak emir ve talimat veremek, genelde gönderemek, tavsiye ve
telkinde bulunamaz denilerek Anayasamızın yargıçların bağımsızlığını güvence
altına alan 138.maddesinin ikinci fıkrasına benzer bir düzenleme yapılmıştır. Ancak
bu düzenlemenin anayasal düzeyde yapılması anayasal devlet bakımından önemli bir
husustur. Bunun yerine kanunda düzenlenmiş olması önemli bir eksikliktir.981

b. İnsan Haklarıyla İlgili Komisyon ve Birimler

UIHK’nın klasik bir türünü temsil eden insan hakları komisyonları Paris
İlkelerine en uygun model olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu model Avustralya
ulusal kurumlar’ın örneğine dayalıdır. Bu tür ulusal kurumlar, kökenleri ve
Commonwealth ülkelerindeki yaygınlıklarından dolayı zaman zaman
“Commonwealth Modeli” olarak da adlandırılmaktadır. Söz konusu komisyonların
ilk örnekleri, ayrımcılık karşıtlığı ve eşitlik hakkının hayata geçirilmesi konularında
ortaya çıkmıştır,982 Paris İlkeleri, anayasal ya da yasal olarak düzenlenmiş olması
kovsuluyla UIHK’na mümkün olan en geniş çerçevede görev verilmesini öngörmüş
ayrımcılık vakalarının ötesine geçen genel bir insan hakları koruma ve geliştirme
görevi olan yeni tür insan hakları komisyonu ortaya koymuştur. Diğer taraftan söz
konusu ilkeler bir bütün olarak değerlendirildiğinde bu tür komisyonların
yetkilerinin, insan hakları ihlallerinin genellikle kamusal yetki kullanan kurumlar
tarafından gerçekleştirildiğini ve siyasi partilerin genellikle kamusal yetki kullanılar
tarafından gerçekleştirildiğini rağmen sadece bunlarla sınırlandığı

dolayısıyla da özel kişileri de içine aldığı görülmektedir.983

981 TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu taslağının 'Kamu denetçiliği' başlıklı 105. maddesiyle
kurum bağımız olarak düzenlenmiştir. Genel olarak idarenin isleyişi ile ilgili şikayetleri inceleme
şövalye ile ilgili olarak mevcut düzenlemeden farklı olarak, 5. fıkrada temel hak ve özgürlüklerin
korunmasıyla ilgili olarak özel bir görev verilmiş böylelikle kurunun insan hakları bakımından yerine
gereceğiu fonksiyon anayasal düzeyde vurgulanmıştır. 4. fıkrada da kamu başdenetçisinin başarılı ve
bağımsız olacağını hüküm altına alınmıştır. TBMM'de grubu bulunan siyasi partilerin konuya ilgili
982 Aydın, 2010, s. 8-9.

232

CommonLaw’un uygulandığı Hindistan, İrlanda ve Güney Afrika gibi ülkelerle Letonya ve Nepal’de yargı yetkisine sahip komisyonlar da bulunmaktadır.  

İnsan hakları komisyonlarının bir diğer önemli görevi insan haklarını korumak ve geliştirmek amacıyla hükümetin insan hakları politikasını düzenli olarak izlemektir. Böylelikle aksayan yönler belirlenerek bunların düzeltmesi amacıyla hükümete somut öneriler getirmektedirler.


---

994 Aydin, 2010, s. 9.
995 Unal, 1997, s. 106.
996 Aydin, 2010, s. 10.
997 Açık, 2011, s. 72.
bilgilendirmek ve eğitmek, ayrımcılık ve insan haklarıyla ilgili şikayetleri incelemek, insan haklarına riayet edilmesini sağlamak, politika geliştirmek fonksiyonlarını yerine getirmektedir. İnsan hakları ihlali iddialarını ilgili olarak, şikayetleri inceleyerek çözüme kavuşturmaktadır. Bunun yanında insan hakları norm ve ilkelere uyulamasını ilgilendiren davalarma mahkemelerin görevlerine yardımcı olarak, tavsиеde bulunmaktadı. Ayrıca parlamento ve hükümete de bilgi ve yardım sağlamakta, insan hakları norm ve ilkelerinin uygulanması ile ilgili koordinasyon görevlerine yardımcı olarak, bunları koordine etmektedir. Komisyon, Asya-Pasifik Bölgesi’nde ve dünyadaırk ve cinsiyet ayrımcılığıyla mücadele konusunda, gerek Paris İlkelerine uyum gereke yetkilerini geniş bir biçimde yorumlaryar kullanması nedeniyle başarılı bir örneği teşkil etmektedir.998

Modelin ülkemizdeki örneklerinden biri olan TBMM İnsan Haklarını Inceleme Komisyonu (İHİK), Meclisteği diğer komisyonların içtüzükle oluşturulmasına karşın Paris İlkelerine uygun bir şekilde kanunla kurulmuş olup milletvekillerinden oluşmaktadır. Yine diğer komisyonlar ve yer alan üyeler ancak TBMM'de grubu olan milletvekillerinden oluştuğu halde İHİK'in üyelerini seçilmiş ve siyasi parti gruplarıyla birlikte diğer tüm milletvekilleri de dikkate alınmaktadır. Böylelikle bir grup oluşturmakla beraber, komisyonda yer alı olun ve komisyonda 3686 sayılı İHİK Kanununun 4. maddesinde düzenlenmiştir. Komisyonun görevlerinden ilki, uluslararası alanda kabul gören insan hakları konusundaki gelişmeleri izlemektir. İnsan haklarının dinamik bir yapıda olması nedenile sürrekli olarak insan hakları gelişmekte ve yeni insan hakları ortaya çıkarak buna ilişkin bir takım sözleşmeler oluşturulmaktadır. Gerek bunlar gerekse BM, AB, AK ve diğer uluslararası ve bölgesel örgütlerde insan haklarıyla ilgili gelişmeler Dışişleri Bakanlığı tarafından İHİK'e bildirilmektedir. İHİK’in kuruluş amacı uygun bir şekilde fonksiyonlarını yerine getirebilmesi için söz konusu gelişmeleri takip edecek bir birime sahip olması gerekmektedir.

998 Açık, 2011, s. 73.
Doktrinde bu imkânın olmayışı nedeniyle İHİK’in, insan hakları alanında etkili bir güç olarak varlık gösteremediği belirtilmektedir.999


Komisyonun görevlerinden üçüncüşü, Türkiye Büyük Millet Meclisi komisyonlarının gündemindeki konular hakkında, istem üzerine görüş ve öneri bildirmektir. Söz konusu görüş ve öneri her ne kadar bağlayıcı olmaktan uzaksa da en azından kimi zaman TBMM’nin gündemindeki kanunun gerekçelerinden birini oluşturmak suretiyle ulusal hukukun insan hakları çerçevesinde oluşmasını sağlamak istemiştir.

Komisyonun görevlerinden bir diğeri, Türkiye’dede insan hakları uygulamalarının, taraf olduğu uluslararası anlaşmalara, Anayasaya ve kanunlara uygunluğunu incelemek ve bu amaçla, araştırmalar yapmak, bu konularda iyileştirmeler, çözümler önermektir. Böylelikle, Komisyon tarafından faaliyetlerinin incelenecek olduğunu bilen görevlerinin niteliği gereği insan hakları ihlali

gerçekleştirmeye ihtimali yüksek olan başta kolluk güçleri olmak üzere kamusal yetki kullanan tüm birimler daha dikkatli olacaklar, insan hakları çerçevesinde bir hassasiyet ortaya çıkacaktır.

Komisyonun belki de en önemli görevlerinden biri, insan haklarının ihlal edildiğine dair iddialar ile ilgili başvuruları incelemek veya gerekli gördüğü hâllerde ilgili mercilere iletme taktır. Yapılan başvurular İHİK uzmanlarına incelemekte ve dikkate değer olarak görülenler İHİK başkanına sunularak İHİK’nun inceleme yapması uygun olacağını yönünde görüş bildirilmektedir. Ayrıca İHİK üyeleri de bir insan hakkı ihlalini doğrudan İHİK gündemine getirebilmektedirler. Başka bir ifadeyle, Komisyonun re’sen de harekete geçebilme yetkisi bulunmaktadır. İhlal iddiası İHİK Başkanını tarafından İHİK gündemine getirilerek İHİK tarafından inceleme yapılıp yapılmasına değerlendirildikten sonra karara bağlanmaktadır. İnceleme yapılmasına karar verilenler hakkında bir alt komisyon kurularak inceleme yapılırsa; inceleme yapılmamasına karar verilenler ve İHİK uzmanlarına İHİK Başkanına sunulan başvurular ilgili özel veya kamu kurumuna gönderilerek başvuru hakkında bilgi istenmektedir. İlgili kurumların İHİK’ına gönderdiği bilgiler yeterli bulunursa başvuru sahibine geri gönderilmektedir.1000 İnceleme yapılamasına karar verilenler hakkında bir alt komisyon kurularak inceleme yapılırsa; inceleme yapılmamasına karar verilenler ve İHİK uzmanlarına İHİK Başkanına sunulan başvurular ilgili özel veya kamu kurumuna gönderilerek başvuru hakkında bilgi istenmektedir. İlgili kurumların İHİK’ına gönderdiği bilgiler yeterli bulunursa başvuru sahibine geri gönderilmektedir.1000

Komisyonun görevlerinden bir diğer, gerektiğinde dış ülkelerdeki insan hakları ihlallerini incelemek ve bu ihlalleri o ülke parlamentelerinin dikkatlerine doğrudan veya mevcut parlamenter forumlar aracılığı ile sunmaktır. Böylelikle Komisyon uluslararası bir inisiyatif de elde etmiş olmaktadır.

Komisyonun görevlerinden sonuncusu, her yıl yapılan çalışmalarını, elde edilen sonuçları, yurt içi ve dışıda insan haklarına saygı ve uygulamaları kapsayan bir rapor hazırlamaktır. İHİK’nun yapmış olduğu çalışmalarını, elde edilen sonuçları, yurt içi ve yurt dışında insan hakları alanında yaşananlar ile olması gerekenlere ilişkin durum tespitinin yapıldığı bir raporu her yıl düzenli olarak hazırlaması gerekmektedir. Bentten anlaşılacağı üzere raporda İHİK’in yaptığı çalışmaları ile ne ölçüde sonuçlar elde ettiği hususu da yer almamaktır. Başka bir ifadeyle, Komisyonun bir yıl içinde ne kadar başarı göstermiş olduğunun değerlendirilerek bir sonraki yıl

1000 Eroğlu, 2005, s. 36.
için yapılması gerekenlere ışık tutulması istenmektedir. İHİK raporlarının son dönemlerde her yıl düzenli olarak hazırlanarak yayımlanması görülmektedir. İHİK tarafından yayınlanmış olan 24. dönem 3. yasama yılı faaliyet raporunda, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, Kanun ve Kanun Hükümünde Kararnamelerde Yer Alan Alanı ve İfade Özgürlüğü Bağlamında bazı kanunlarda insan hakları çerçevesinde yapılan değişiklikler ile bir yıl iliskin ulusal ve uluslararası çerçevede insan hakları alanında yaşananlara ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler yapılmıştır.1001


1002 30.06.2012 tarihli ve 28339 sayılı RG.

C. GEREĞİNİ YERİNE GETİRME

Anayasal devletin başlangıç hareket noktasını oluşturan; devletin, bireysel hak ve özgürlüklerle keyfi bir şekilde müdahale etmesinin engellenmesi sağlanacak doğal hak ve özgürlükler düzeni zamanla öncesinde de belirtilen nedenlerden dolayı, sosyal, ekonomik ve kültürel haklarla desteklenerek tamamlanmıştır; anayasal devletin dinamik yapıda olması gerektiğini, artık onun sadece hak ve özgürlüklere müdahale etmeyen devlet şeklinde anlaşılamayacağı, hakların hayata geçirilmesi için bir takım adımlar atması gerektiği düşünülmüştür. Bu durum, özellikle de ekonomik, sosyal yönünden zayıf ve korunmaya muhtat durumda olanların örneğin, çalışanların, kadının, çocuğun, ailenin korunması için gerekli olan haklar ile bütün hakların amacı olan insan onuruna yakışır bir hayatın sağlanması1006 bakımından vazgeçilmez nitelikteki eğitim, sağlık, konut hakkı gibi haklar bakımından anayasal devlette önemli bir yere kavuşmuştur.


etmeme şeklindeki tavrunun, pozitif adımlar atılarak tamamlanması gerektiğini belirterek, ‘pozitif yükümlülükler’ şeklinde bir kavram ortaya çıkmıştır. Söz konusu bu çerçevede vermiş olduğu ilk kararında, aile yaşamına saygı kavramı içinde devletin bir takım pozitif yükümlülüklerinin de olduğu, evlilik birliği içinde dogmayaşın ailesiyle bütünleşmesini sağlayacak şekilde adımlar atmamın devletin bir görevi olduğu belirtmiştir. Böylelikle AİHM, Sözleşme’nin 1. maddesinde hüküm altına alınan taraf devletlerin egemenlik alanlarındaki herkesin Sosyalsozlu belirlenen haklardan yararlanmasını sağlamak için onlara saygı göstermek şeklinde ortaya çıkan sorumlulukların bununla sınırlı olmadığını, pozitif nitelikte bir takım adımlar atılması gerektiğini ortaya koymuştur.

Bu kavram, Sözleşme’nin, müdahale etmeme yükümlüğünden dısında, taraf devletlere yüklediği sorumlulukları ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Pozitif yükümlülük kavramı, doktrinde farklı şekillerde tanımlanmaktadır. AİHS çerçevesinde pozitif yükümlülükler, günlük yaşam içinde insan haklarının etkinliğini sağlamak, temel hakların üçüncü kişiler tarafından ihlâl edilmesini önlemek ve haklardan etkili şekilde yararlanabilmek için devlet tarafından alınması gereken önlemler şeklinde tanımlanmaktadır. Alman doktrininde ise pozitif yükümlülükler, geniş anlamda devlet hizmetlerinden yararlanmayı sağlayan temel haklar veya gereğini yerine getirmeye yükümlülüği olarak kabul edilmektedir.

Hemen belirtilmelidir ki, uygulamada söz konusu bu fonksiyon, kişisel ve siyasal haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel haklar arasında var olduğu iddia edilen farklılıkların en belirgin hale geldiği bir fonksiyon türüdür. Çünkü gereğini yerine getirme, devletin haklar karşısındaki tutumun neredeyse tüm FIXED 4.にてyle pozitif nitelikte olmasının gerektiren bir sorumluluk türü olarak ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de, devletin söz konusu fonksiyonunu yerine getirmiş sayılması için bu hakların pasif süjesi olan devletin, elindeki imkânları bu amacın gerçekleştirilmesine

1012 Metin, 2010, s. 112.


1014 Algan, 2007, s. 88.
1015 3 Numaralı Genel Yorumun Türkçe metni için bkz. UYAR, Lema, Birleşmiş Milletlerde İnsan Hakları Yorumları, İBÜY, İstanbul 2006, s. 136-142.
1018 Üzerinde uzlaşmaya varılan TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu taslağının ‘Çalışma, İş Güvenliği ve Adil Ücret Hakkı Hakkı’ başlıklı 39. maddesinde, mevcut düzenlemeye benzer şekilde
taraftan bazı haklar bakımından ise bu sorumluluğun gereğinin yerine getirilmiş sayılabilmesi için, devletin gerekli koşulları hazırlaması yeterli olmayıp haktan yararlanmasını, doğrudan doğruya devlet tarafından bireylere sağlanmış olması gerekebilir.\textsuperscript{1019} Bu konuda yine 1982 Anayasası'nda çeşitli örneklerle rastlanmaktadır. Örneğin, bireylerin sosyal güvenlik haklarından yararlanması için devlet, sosyal güvenliği sağlayacak önlemleri almak ve gerekli idari kuruluş kurmakla görevlidir (md. 60/2). Yaşlılar, devlet tarafından korunmak zorundadır (md.61/3). Devlet ayrıca, bireylerin sağlık hakkından gereği gibi yararlanabilmeleri için sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermelerini düzenlemek ile de sorunlu tutulmuştur (md. 56/3).\textsuperscript{1020}

Bireylerin, bazı sosyal, ekonomik ve kültürel haklardan gereği gibi yararlanabilmeleri bakımından devletin söz konusu bu fonksiyonu daha da önem kazanmaktadır. Bu nedenle pek çok devlet, ‘ülkenin içinde bulunduğu ekonomik durum’, ‘toplumsal öncelikler’ gibi sübjektif içerikli bir takım nedenlere dayanarak veya 1982 Anayasasının 65. maddesi örneğinde olduğu gibi ‘mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde’ sorumluluk yükleneceğini belirterek bu hakların gereğini yerine getirme fonksiyonu ve sorumluluklarını daha baştan sınırlamaya yolunu tercih etmektedirler. Benzer şekilde, ESKHS’nin 2. maddesinde yer verilen, ‘kaynakların var gücüyle’ ibaresi örneğinde olduğu gibi uluslararası insan hakları sözleşmelerinde ve bu tür düzenlemeler yer almaktadır.\textsuperscript{1021} Ancak insan haklarının özellikle de ekonomik, sosyal ve kültürel hakların bir program dahilinde kademeli olarak yerine getirilebilecek olması şeklinde gereklilikleriyle de devletin sahip olduğu kaynakların sayısı ve durumu mevcut olan imkan, taraf devletin sahip olduğu kaynaklarının sayısalsal büyükliğinde başımsız bir konu olup aslında kaynakların mümkün olduğuna etkili bir şekilde kullanılması ifade etmektedir.\textsuperscript{1022}

Anayasamızın 65. maddesi çerçevesinde bir değerlendirme yapılacak olursa; kaynakların yeterliliği ölçüldü, devletin kaynaklarını örneğin eğitim hakkının

3. fikrada belirtilen amaçları gerçekleştirmek üzere devlete elverişli ekonomik bir ortam yaratmak sorumluluğu vermiştir. TBMM'de grupu bulunan siyasi partilerin konuyla ilgili önerileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Barın, 2014, s. 139-144.
\textsuperscript{1019} Algan, 2007, s. 89.
\textsuperscript{1021} Algan, 2007, s. 89-90.
\textsuperscript{1022} Şahin, 2010, s. 732.
amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek tahsis etmesi gerektiği şeklinde anlasılmalıdır. Söz konusu bu hüküm, devletin bu alandaki sorumluluğunun sınırlılığını değil; kaynak tahsisinin hangi kriterlere göre olması gerektiğini belirtmektedir. Ancak anayasal bir devletin anayasasında devletin bu sorumluluğunun daha kuvvetli ifadelerle hüküm alta alınması gerekmektedir. Örneğin ESKHS’nin 2. maddesinde, taraf devletlerin Sözleşmede düzenlenenmiş hakları gerçekleştirmek bakımından “kaynaklarının var gücüyle” hareket etmesi gerektiğini belirtilerek bir bakıma devletlerin takdir hakkı ortadan kaldırılmıştır. Böylesine bir ifadenin Anayasamızda yer almasına anayasal devletin gerekleri bakımından son derece eleştiriye açık bir durumu teşkil etmektedir. Ayrıca her ne kadar ekonomik, sosyal ve kültürel hakların gerçekleştirilmesinin aşama aşama way循环经济 genel olarak kabul edilmekteyse de Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların İhlallerine İlişkin Maastricht İlkeleri’nde de belirtilmiş olan, devletin, belli bir haktan yararlanabilmesi için mantıklı bir şekilde planlanmış çeşitli faaliyetlerin olması gerektiğini anayasal düzeyde hüküm alta alınarak devletin sorumluluğu vurgulanmalıdır. Anayasal devletin gerekleri bakımından kanaatimizce örneğin 65. maddeye, kaynakların yeterliliği ifadesinden sonra, “belli bir planlama dahilinde” ibaresi eklenerek şöyle bir düzenlemeye öneri getirilebilir:” Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirtilen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun özellikleri gözeterek mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde ve belli bir planlama dahilinde yerine getirir.” Diğer taraftan, Türkiye’nin de taraf olduğu Avrupa Sosyal Şartında birinci bölümünün giriş cümlesinde yer alan, “Akit taraflar ulusal ve uluslararası nitelikteki tüm uygun yollarla aşağıdkaki hak ve ilikerin etkili bir biçimde gerçekleştirilceği koşullara ulaşmayı politikalarının amacı sayarlar” ifadesi, Şartta düzenlenen hakların niteliği dikkate alındığında sosyal ve ekonomik haklardan bireylerin günlük yaşamlarında etkin bir şekilde faydalanabiliyor için sadece devletin sahip olduğu ulusal kaynak ve imkânların değil; aynı zamanda, uluslararası düzeyde yapılabacak girişimlerden elde edilecek örneğin bir devletten ya da uluslararası bir örgütten sağlanacak olan hibe aracılığıyla ortaya çıkacak kaynakların da bu amaç çerçevesinde kullanılması gerektiğini belirtmektedir. Hem Limburg Prensipleri’nde, hem de Maastricht Kuralları’nda, ESKHS’den düzenlenmiş olan ekonomik, sosyal ve
kültürel haklar alanında, taraf devletin, asgari düzeyde bir sorumluluk olduğu; bunu yerine getirirken de, zaten kaynak durumunun herhangi bir öneme sahip olmadığını belirtmiştir. Başıca bir ifadeyle, taraf devlet, kaynakların yetersiz olduğu mazeretinin arkasına sığınarak, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar bakımından ortaya çıkan asgari sorumluluklarının gereğini yerine getirmeme; bunu geçişterme hakkına sahip değildir.¹⁰²³

II. ANAYASAL DEVLETTE ANAYASA YARGISININ YERİ VE FONKSİYONLARI

Devletin tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olmasını öngören hukuk devleti ilkesi ile ulusal egemenliğin üstünlüğü ilkesini içeren demokrasi arasında zaman zaman bir gerilim ortaya çıkmaktadır ve Anayasa ile İdare Hukuku dallarındaki yargısal denetimle siyaset kurumu, söz konusu bu gerilimin nasıl giderileceği konusunda karşı karşıya gelmektedir. Rousseau’nun düşünsel temellerini attığı mutlak demokrasi anlayışı ile hukuk devleti arasındaki bu gerilim bir takım sorunlara yol açmış ve bu sorunların ortadan kaldırılması özellikle de XX. yüzyılın ilk yarısında çok kolay olmamıştır. Aslında çoğunluk iradesinin mutlak üstün olduğu görüşü, bu dönemde dünyada hızla gelişerek yayılan faşizme dayanan diktatörlüklerin neden olduğu insanlık ayıplarının üstünü örtme amacıyla kullanılan bir araç haline gelmiştir.¹⁰²⁴

XIX. yüzyılın liberal anlayışında temel hak ve özgürlüklerin en büyük güvencesi, bunların yasama organca kanunlar şeklinde düzenlenerek bu konuda tek söz sahibinin yasama organı olmasıydı. Ancak yaşanan söz konusu deneyimden sonra, temel hak ve özgürlüklerin korunması düşünsesi bu kez kanuna karşı korunma


¹⁰²⁴ Azrak, 2008, s. 213.
olarak ortaya çıkmaya başlamıştır. Bu gelişme yasama organının iradesini denetleyecek, onu anayasaya riayete zorlayacak yüce bir makamın varlığının gerektiğini düşünceleri ortaya çıkmıştır. Diğer bir ifadeyle II. Dünya Savaşı'ndan sonra kanun anlayışı değişmiş; asıl kurucu iktidarın koyduğu anayasa hükümlerinin tali kurucu iktidarı da bağladığıhecy kabul edilmiştir. Ulusal egemenliğin devletin temel organları arasında paylaşılmamasının anayasal düzeyde kabul edilmesinin sonucunda, hem çoğunluk iradesinin temsilcilerinden oluşan kanun koyucunun yapımuş olduğu kanunların anayasaya uygunluğununu denetleyecek, hem de azınlık kalanları çoğunluk karşısında koruyacak olan anayasa yargısı, çok fonksiyonel bir kurum olarak Avrupa’nın hukuk ve siyaset gündeminde ilk sırayı almış ve hızla yaygınlaşmıştır.

Temel hak ve özgürlükleri güvence altında alan Savaş sonrası anayasalarının anayasa yargısını öngörmeleri aynı zamanda, o zamana kadar herhangi bir korumaya sahip olmayan anayasaların yargısal nitelik kazanarak, herhangi bir şekilde ihlalın hukuksal müeyyide altına alınmasını da bir ifadesi olmaktadır.


---

1025 TEZİÇ, Erdoğan, “Kanunların Esas Açısından Anayasaya Uygunluğunun Denetimi”, İÜHFM, C.51, S.1–4, 1985, s. 22.
1026 Azrak, 2008, s. 214.
1027 Azrak, 2008, s. 214.


Diğer taraftan, hukuk devleti ilkesi çerçevesinde bireylerin sübjektif iradelerinin değil, içeriğinde çağdaş özgürlükler olan hukuk kurallarının üstün ve geçerli olduğu her seferinde kuvvetli bir şekilde tekrar edilip vurgulanabilir. Ancak bu durumda da bir hukuk sisteminin temelini oluşturan anayasaya riayet edilmişini kimin nasıl sağlayacağını meselesi gündeme gelmektedir. Bu meselenin çözüme kavuştuşulması da hiç şüphe yok ki ‘Anayasa Yargısı’ ile mümkün olmaktadır.

Yukarıda da belirtildiği üzere, temel hak ve özgürlüklerin güvence altında alındığı, yöneticilerin yönetilenler gibi hukuka tabi olduğu bir devlet olan anayasanın devletin gerek düşünsel olarak ortaya çıkması gerekse hayata geçmesi için de anayasa adı verilen en üstün hukuk normuyla birlikte her şeyden önce anayasa yargısına ihtiyaç bulunmaktadır.
A. BİR KAVRAMolarak ANAYASA YARGISI


Yargısal usuller kullanarak devlet iktidarını sınırlayan en önemli bir kurum olarak anayasa yargısı, çeşitli açıqlardan sınıflandırılmaktadır. Bunlar, dar ve geniş anlamda anayasa yargısı veya şekli ve maddi anayasa yargısıdır. Geniş anlamda anayasa yargısı, anayasaya riayeti sağlayan her türlü yargı işlemidir. Bu yönüyle sadece kanunların değil diğer tüm hukuksal işlemlerin yargısal yolla anayasal

1033 Aliefendioğlu, 1984, s. 102.
denetime tabi tutulmasını kapsamaktadır. Bunun dışında bazı anayasal sorunları yargılanan usullerle çözerek karara bağlama faaliyeti de anayasa yargısının kapsamındadır. Örneğin AAM, anayasaya uygunluk denetimi yanında, federal devlet sisteminden kaynaklanan sorunları çözme, anayasaya aykırı partileri tespit etme ve anayasaya yorum yapma konularında yetkilidir. Benzer şekilde AYM’ın de, bireysel başvuru yoluyla bir takım temel hak ve özgürlükler bakımından ortaya çıkan hak kayıplarını, siyasi partilerin faaliyetlerini Anaya ve kanunlara uygun olarak yerine getirip getirmediklerini denetleme ve gerektiğinde yaptırım uygulama gibi yetkileri bulunmaktadır.

Böylelikle anayasa yargısı anayasa hukukuna riayeti sağlayarak anayasanın korunmasına hizmet etmekte, anayasanın üstünülgünü sağlayan teknik ve kurumların tamamını ifade eden bir kavram haline gelmektedir. Dar anlamda anayasa yargısı ise kanun, KHK, içtüzük ve bazı parlemento kararlarının anayasaya uygululuk denetiminin yargı mercilerince yargılanan usullerle yapılmasını ifade etmektedir.

Doktrinde, anayasa yargısı kavramını daha özel hale getirmek amacıyla kavram, “doğrudan doğruya anayasaya riayeti sağlayan her türlü yargı işlemi” şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanımda geçen ‘doğrudan doğruya’ ibaresinin bir önemi bulunmaktadır. Şöyle ki, tüm yargı kollarının nihai amacı anayasal düzenine riayeti sağlamak. Bu durumda, anayasa yargısının yetki alanında olmayan çok az bir hukuki işlem kalırdı. Söz konusu bu ibare ile başı taşır yargı olmak üzere diğer yargı kolları ile anayasa yargısı arasında bir ayrım yapılmaktadır. Örneğin idari yargıda idari işlemi hukuka uygunluğu başta anayasa uygululuk olmak üzere diğer pek çok nedene bağlı olup sadece anayasa uygululuk yargısal denetimin sonucu belirleyen bir unsur olmayacaktır. Şekli ve maddi açıdan yapılan ayrırmada da, anayasa uygululuk denetlemekle görevli organa, pozitif hukukun tanıdığı tüm

1034 BALTA, Tahsin Bekir, “Türkiye’de Anayasa Yargısı”, AÜHFD, C.18, Sy.1-4, 1961, s. 547, dn.1.
1035 Aliefendioğlu, 1984, s. 102; Özbudan, 1995, s. 341.
1036 GÖREN, Zafer, “Türk ve Alman Anayasa Hukukunda Anayasa Yargısının Sınırları ve Yürürlüğü Durdurma Kararları”, AYD, Sy.12, 1995, s. 223.
1037 ATAY, Ender Ethem, “Anayasa Yargısı Kıta Avrupa Modeli”, İçinde: Prof. Dr Ali Naim İNAN’a Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 1083.
1038 Tunç, 1997, s. 18.
1039 Tunç, 1997, s. 18.
1040 KIRATLI, Metin, Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi, AÜSBFY, Ankara 1966, s. 16.
yargısal yetki ve görevlere şekli anlamda anayasa yargısi adı verilmekteken maddi anlamda anayasa yargısi ise maddi anlamdaki anayasaya dahil anayasal problemleri çözmeye yetkili olan yargıyı ifade etmektedir.¹⁰⁴¹

B. ÖZGÜRLÜKLER ÇERÇEVEŞİNDE ANAYASA YARGISININ MEŞRULUĞU

Bir siyasal sistemin ve bu sistemdeki mevcut siyasal kurumların, toplum için en uygun olduğuna ilişkin bir inancı yaratıp bunu sürdurmeye kapasitesi olarak açıklanabilecek meşruiyet,¹⁰⁴² kanunilik kavramından daha farklı ve geniş bir anlam sahiptir. Kanunilik, herhangi bir olgu yada olayın pozitif hukuk karşısında durumunu ifade ederken meşruluk, bu anlama aşan daha kapsayıcı bir kavramdır. Anayasa yargısının kurulması devletin egemen bir güç olmadığını kaynaklanan temel nitelikteki bir kısımda lehetirinin, vatandaşlarca seçilmiş olmayan bu nedenle de halka dayanmayan ve ona hesap verme durumunda olmayan bir kuruma devri anlamına geldiğinden doğuşu nasıl açıklanırsa açıklanırsa, bu yargı kolunun meşruluğu doktrin ve uygulamada tartışmalı konuların başında gelmektedir.¹⁰⁴³

Demokratik meşruiyetten yoksun bir yargı ve özel olarak da anayasa yargısi, temel hak ve özgürlükleri korumak ve geliştirmek için çok büyük bir gayret gösterse bile zaman içinde böyle bir şey istemememiş halde kendi liderliğinde baska bir aracı haline dönüşebilir. Kanun koyucunun anayasayı doğru uygulamasını denetleme fonksiyonunu yerine getiren anayasa yargısının bu konumu, halkın seçilmiş olduklarını çalışma sürecini değerlendirme ve gerektiğinde bunlara bir müeyyide uygulama anlamına gelmektedir. Anayasa yargısının ve yargıçlarının söz konusu nitelikteki bu denetimlerine meşruiyet kazandıran özellik, aynı zamanda o sistemin demokratik meşruiyeti ile de yakından ilgili bir husustur.¹⁰⁴⁴

¹⁰⁴¹ Tunç, 1997, s. 18.

Anayasanın üstünlüğü ilkesinin hayata geçirilmesi amacıyla anayasa yargısına verilen geniş kapsamlı yetkilerin, aslında kuvvetler ayrılığına dayanan bir sistemde kuvvetler içinde çeşitli nedenlerden dolayı en zayıf konumda olan yargının bir organına verilmiş olması, eski konservatif okulun devlet hukuku bilginlerinin anayasa yargısı düşüncesine karşı çıkmasına neden olmuş; ‘yargı yolu devleti’ veya ‘adliye devlet’ine doğru bir gelişime ve ‘adeta siyasallaşması’, ‘politikanın hukukleşmesi’ne karşı uyarılar ortaya çıkmıştır.

Bütün bu endişe ve eleştiriler, anayasa yargısının fonksiyonları ve kurumsal yapısı üzerinden temellendirilen meşruiyet anlayışı ile aşılmaya çalışılmıştır. Buna göre, anayasa basit bir normlar bütünü olmayıp daha fazla bir anlam taşımakta olup her şeyden önce ve her zaman hukukun bir ifadesidir; devletin hukuksal düzeninin temelidir. Madem anayasa böylesi niteliklere sahip bir hukusyal normlar sistemidir, öyleyse her hukuk normunda olduğu gibi, hatta evləviyetle, anayasanın üstünlüğune dayanan bir sistemde anayasa normlarına riayeti denetleyecek bağımsız bir yargı organının varlığı şarttır. Aksine bir durum anayasanın üstünlüğü ilkesinin sadece bir temenniden ibaret olmasını neden olur ki bunun anayasanın devletle bağdaştır bir yönü olamaz. Anayasa yargısı, anayasa devlet düşüncesiinin en üst

1046 Özbudun, 2005, s. 345.
1047 Gören, 1995, s. 203.
1048 Kaboğlu, 1994, s. 153.
seviyede gerçekleşmesini sağlayan temel bir organdır. Diğer taraftan anayasa yargısının uyguladığı hukuk olan anayasa hukuku öncesinde de belirtildiği üzere, devletin temel organlarını, bunların yetkilerini, hareket biçimlerini, işlem ve karar mekanizmalarını ve özellikle de temel haklar bakımından hayati öneme sahip olan devlet iktidarına sınırlar koyan ilke ve kurumları düzenleyip norm alta aldığı için siyasal konularla ilgilidir. Siyasal konuların hukukudur. Durum böyle olunca da anayasa yargısının kendine özgü niteliği, büyük ölçüde anayasa hukuku çalışma alanının söz konusu özelliğinden kaynaklanmaktadır; çoğunlukla siyasal yargı olarak anılmaktadır. Doktrinde, İtalya Anayasası örneğinde olduğu gibi anayasa hükümleri ile herhangi bir yaşam alanını düzenleyip hukuksal norm haline getirmek yerine birçok maddesi gerçek anlamda norm olmayıp ileriye yönelik siyasal emir niteliğinde hükümler içeren anayasalar söz konusu olduğunda ise anayasa yargısının siyasal bir içerik kazanmasının kaçınılmaz olduğu belirtilmektedir.


1050 Gören, 1995, s. 207.

1051 ÖZAY, İl Han, "Anayasa Mahkemeleri(ya da Yargısun) Meşruyeti", AYD, Sy.9, 1993, s. 69.

1052 Örnek kararlar için bkz. BverfGE 36,1(14); BverfGE 48,127(160); BverfGE 3,58(135)'den nakleden, Gören, 1995, s. 208.


1058 Gözler, 2006, s. 140.
1059 Gözler, 2006, s. 141.
Fransız Anayasa Konseyi de bir kararında^1060 bir kanunun anayasaya uyduğu süreçte genel iradeyi ifade edeceği belirtmiştir. Bu yönyle, kanunun anayasaya uygunluğunun denetlemek aslında genel iradeyi ifade edip etmediğini denetlemektir. 


---

1060 23.08.1985 tarih ve 85-197 sayılı kararı
1062 Kaboğlu, 1994, s. 156.
1063 Özay, 1993, s. 70.
1064 Kaboğlu, 1994, s. 159.
düzeyde ne kadar değerli olursa olsun, tek başına bir birey toplumda da yasama organında da ya hiç temsil imkanı bulamaz ya da marşinal düzeyde kalır. Oysaki çağdaş demokrasiyle katılımcılık en temel unsuru teşvik etmekte olup hiçbir şekilde örgütlenmemiş bireyin bile sesini duyarına imkânına yer vermektedir. Böyle bir toplumda birey kendisini başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere belli kurumlar aracılığıyla ifade etme fırsatına sahip olabilmektedir. Bu yönüle ayasa yargısı meşruiyetini doğrudan doğrula demokrasinin merkezi olan bireyi temsil etme, onun sesi olma fonksiyonu ve konumundan almaktadır.1065


1065 Özay, 1993, s. 73-74.
1066 Kaboğlu, 1994, s. 157.

Hemen belirtilmelidir ki kanaatimizce, anayasa yargısının meşruluğuyla ilgili olarak ifade edilen tüm bu görüşler, meselenin belli bir yönü esas alınarak yapılan değerlendirmelerden oluşmaktadır. Anayasal devlet bakımından ise anayasa yargısının meşruluğunun temelini, hak ve özgürlüklerle saygıyi hayata geçirme yapmıştır. Deyim yerindeyse, anayasa yargıç, insan hakları üst başlığıyla ortaya çıkan değerlerin koruması durumundadır. Belli bir organa anayasanın hukuksal bağlayıcılığını güvence altında alma yetkisinin verilip anayasa mahkemelerinin kuruluşu aslında devlet iktidarının hukuksal bir temele kavuşmasını hem nedeni hem de sonucudur.\footnote{Depenheuer, 2014, s. 562.} Böylelikle devlet iktidarı karşısında


Anayasa yargısının meşruluğu tartışmasında gündeme gelen konulardan biri de ‘yargısal aktivizm’dir. Anayasa yargısına hukuk düzeninde yer veren hemen

1073 GÖREN, Zafer, Bireysel Başvuru-Türk Anayasa Yargısında, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 7.
1074 Benzer görüşler için bkz. Özyaz, 1993, s. 74.
1075 Özbudun, 2005, s. 347.
10771961 Anayasasının onuño düzenleyen 'Dava Hakkı' başlıklı 149. Maddesi şu şekildedir: 'Cumhurbakan; Yasama Meclislerindeki siyasi parti grupları ve Türkiye Büyük Millet Meclisinde grubu bulunan siyasi partiler ile son milletvekili genel seçimlerinde muterber sayısının en az yüzde onunu olan siyasi partiler; Yasama Meclislerinden birinin üye tamsayısının en az altına bıa tutarandaki iyieler; kendi varlık ve görevleri ilgilendiren alanlarda Yüksek Hakimler Kurulu, Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay ve üniversiteler, kanunların veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtiçüklerinin veya bunların belirli madde ve hükümlerini Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilirler.'
hemen tüm ülkelerde, ‘yargısal aktivizm (Judicial activism)’¹⁰⁷⁹ ve yargının kendini sınırlaması (judicial restraint)¹⁰⁸⁰ sıkıla gündeme gelmektedir. Öncesi̇nde de belirtildiği üzere anayasa mahkemelerinin önüne gelen birçok hukuksal sorunun aynı zamanda siyasal bir nitelik taşıması, bu mahkemelerle siyaseti belirleyerek oluşturulan bir güç olarak yasama organı arasında zaman zaman bir takım çatışmaların ortaya çıkmasını kuvvetle muhtemel hale getirmektedir.

Yargısal aktivizm, anayasaya aquirıklı konusunda karar verme sürecinde anayasal ilke ve kuralların anlamlanması aşamasında ortaya çıkmaktadır. Anayasa mahkemelerinin aktivist nitelikte kararlarında, yasama органının çıkardığı bir kanun iptal edilirken bu konuda yeni bir yaklaşım ortaya konmaktadır.¹⁰⁸¹ İptal hükümünün gerekçeleri, yeni bir kanuni düzenleme konusunda yasama organının hareket serbestisini sınırlamakta. Söz konusu nitelikteki iptal kararlarıyla anayasa mahkemeleri, yasama organına adeta talimat vererek bir bakıma kanun koyucu konumuna gelmektedir,¹⁰⁸² yasama organı üyeleri, çoğunlukla anayasa mahkemesine


¹⁰⁸¹ Hakyemez, 2009, s. 36.

¹⁰⁸² Özbudun, 2005, s. 350.

Diğer taraftan öncesinde de belirtiliği üzere aktivist kararlar değerlendirilirken, yargının, özellikle de anayasa yargısının sistem içerisinde sahip olduğu dönüşümcü fonksiyon da dikkate alınmalıdır. Hukuku aşırı zorlayan ve anlamca açık hukuk kurallarına aykırı karar verilmesi şeklindeki uç örnekler dışındaki bir yargısal aktivizm özellikle de temel hak ve özgürlükler bakımından son derece gerekli olmaktadır. Belirli bir siyasal görüşten ya da hayat tarzından bağımsız bir şekilde, devletin egemen bir güç olmasından kaynaklanan yetkilerini kullanan siyasal organları kendileri için belirlenmiş olan anayasal sınırları içinde tutan ve böylelikle söz konusu organların bireylerin özgürlük alanlarına hukuka aykırı bir şekilde

1083 Beyme, 2005, s. 89.
1084 KANADOĞLU, O.Korkut, Anayasa Mahkemesi, Beta Yayınevi, İstanbul 2004, s. 13.
mühäahesini engelleyen aktivist bir anayasa yargısı anayasa devlet düşüncesine hizmet etmektedir.

Doktrinde, Macaristan, Polonya ve Çek Anayasa Mahkemelerinin kendi kısa tarihlerinde söz konusu bu düşüncenin hayata geçmesine önemli katkılarının olduğu belirtilmektedir.1088 Buna göre, söz konusu mahkemeler bir yandan ülkelerinin hukuk sistemlerinin eski alışkanlıklarından kaynaklanan bir takım eksiklerini telafi etmekte; diğer yandan da anayasal devlet düzeninde yer alan değerleri hayata geçirmek için bazı kavramlar geliştirerek veya ortaya koyarak hukuk devleti ilkesinin yerleşmesine hizmet etmektedirler.1089

AAM’ye göre anayasa yargıcının kendi kendini sınırlaması, siyasal iktidarın bireysel özgürlüklerle herhangi bir saldırısı olduğunda değil, seçimler yoluya doğrudan doğruya halk tarafından meşru kılınmış yasama organına, anayasal denetim araç haline getirilme süresince sosyal düzenlemeler konusunda talimatlar verilmesini engellemek için söz konusu olmalıdır.1090

Kanaatımızca siyasal iktidar ve onun denetimi altındaki yasama органına karşı bir tür itaat benimseyip bu iki gücü sınırlayarak, özellikle de tartışmalar yaratan kararların meşrulaştırılmasına yargısal düzeyde destek vermek suretiyle sosyal düzenlemeler konusunda talimatlar verilmesini engellemek için söz konusu olmalıdır. Bu çerçevede, gerek insan haklarıyla ilgili anayasa hükümlerinin norm alanlarının belirlenmesinde gerekse hak sahiplüğünun tespitinde özgürlükler ve bireyler lehine karar vererek bunları geliştirip-genişletmek şeklinde ortaya çıkaracak olan bir aktivizm anayasal devletle yer alması gereken anayasa yargısına ilişkin bir yaklaşım tarzıdır. Özellikle, hem anayasaların değiştirilmesi zor hukuki metinler oldukları, hem de insan haklarının dinamik yapıda olma özelliği dikkate alınında, söz konusu nitelikteki anayasa mahkemelerinin, anayasaların temel hak ve özgürlüklerle ilişkin hükümlerini çağın gereklerine uygun bir şekilde yorumlayarak somutlaştırma sürecinin anayasal devlet bakımından önemi daha iyi anlaşılacaktır.

1088 Erdoğan, 2005 (c), s. 19.
1090 BverfGE 4, 331(351)’den aktaran, Gören, 1996, s. 129.
Yargısal aktivizme en sert şekilde karşı çıkan düşüncelede bile, bir devletteki yasama ve yürütmenin sahip olduğu yetkilerin giderek artma eğilimi karşısında yargı, özellikle de anayasa yargıının da bütün bu güç ittifakı karşısında temel hak ve özgürlükleri koruyabilmek için aynı ölçüde etkili bir denetim yapması gerektiğini, ancak aynı hususun temel ekonomik tercihlere ilişkin kanunların denetiminde savunulamayacağı belirtilmektedir.

AAM’ye göre, bireylerin özgürlük alanına yapılan müdahalenin yoğunluğu, kanun koyucu tarafından toplumun menfaati için takip edilen amacı karşısında tartışılmalıdır. Bunun için de kanun koyucunun nasıl bir düzenleme yapması gerektiğine dikkat çekilmektedir. 1091 ancak, aynı hususun temel ekonomik tercihlerine ilişkin kanunların denetiminde savunulamayacağı belirtilmektedir. 1092

İtalyan Anayasası’na göre, sosyal haklardan yararlanabilmek için İtalyan vatandaşı olmak gerekmektedir. 1093 Mahkeme, her ne kadar Anayasa söz konusu hakları sadece vatandaşlara tanımlı ise de, konunun yabancıların hakları açısından geniş bir çerçeve de değerlendirilmesi gerektirir. 1962 yılında vermiş olduğu ilk kararı, Anayasa’nın 3. maddesinde vatandaşlara yönelik olarak öngörülmüş olan eşitlik ilkesinin, bireylerin ihlal edilemez nitelikteki hakları söz konusu olduğunda yabancıları da kapsayacak şekilde geniş olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Başka bir kararı ise, anayasal bir ilke olan eşitlik ilkesinin, vatandaşların durumuyla yabancıların durumu arasındaki ayrım olmamak tolore edemeyeceği belirtmiştir. Mahkeme, bir kurulu iktidar olarak kanun koyucu, Anayasayı ihlal etmeksin sadece vatandaşlara uygulanabilecek normlar koyabilirse de, bu fiiliyle vatandaşlığa sahip olmayan kişilerin söz konusu haklardan yararlanabilmelerine engel olmamalıdır. Bununla birlikte, vatandaş olanla olmayan arasında yapılan ayrırm ‘ragionevelezza’ ilkesine uygun olmalıdır (kanun koyucunun tercihinin makul niteliği). 1095

---

1091 Hakyemez, 2009, s. 37.
1092 Özbudun, 2005, s. 351.
1093 BverfGE 30, 293(315)’den aktaran, Gören, 1996, s. 116.
koyucu bu alanda geniş bir takdir yetkisi kullanabilir. Ancak takdir yetkisi, anayasaya uygunluk açısından bu tercihlerin açıkça temelden yoksun olmaması gerekliliğiyle sınırlandırılmıştır. Yabancıların hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi, madde farklılıklarının ve buna ilişkin değerlendirmelerin göz önünde bulundurulduğu bir süreç sonunda olusacak tercihlerin ürünü olmalıdır.1096

Bu konuda son olarak belirtilmelidir ki, anayasa yargısi anayasal devlette aktivist yaklaşımını, anayasanın nihai bir uygulayıcı olarak anayasanın korunması ve uyarlanması, güvenilirliği ve esnekliği arasındaki dengenin bulunması ve anayasanın kimliğinin korunarak dönüşümünün sağlama görevlerini temel hak ve özgürlüklerden hareketle yerine getirmek için takınmalıdır. Bu yaparken de, anayasanın siyaset ve hukuku birbirini karşılık olarak destekleyecek şekilde birleştiren bir metin olduğu bu nedenle anayasanın siyasal sisteme de hizmet ettiği, anayasa normlarının siyasetin işlemesi yönünde yorumlanması gerektiğini1097 dikkate alarak siyasal alana tümüyle hukuksal nitelik kazandırmaktan ve aynı şekilde kendisi de siyasallaşmaktan kaçınmalıdır.1098

C. ANAYASAL DEVLETTE ANAYASA YARGISININ FONKSİYONLARI

Anayasa mahkemeleri, kurumlar arası çok yönlü ilişkilerde, hem koruyucu hem de yenileştirici bir role sahiptirler. Bu çerçevede anayasa mahkemelerinin başlıca iki fonksiyonu öne çıkmaktadır. Bunlardan ilk kuvvetler ayrılığı anayasal dengelerin korunması ıkın, ikincisi ise temel hak ve özgürlüklerin korunması, hatta bir bakıma yaratılmıştır.1099

1096 Groppi, 2012, s. 209.
1097 Roellecke, 2014, s. 75,78.
1098 Depenheuer, 2014, s. 563.
1099 Kaboğlu, 1994, s. 102.
1. Kuvvetler Ayrılığı Çerçevesinde Anayasa Dengelerin Korunması

Anayasa mahkemeleri, anayasal dengelerin korunması fonksiyonu çerçevesinde başta kamusal nitelikte yetki kullanan devlet organlarının sahip olduğu yetki alan ve sınırlarının belirlenerek devlet iktidaranın sınırlanıp dengelenmesi yoluya anayasa devletin varlık kazanması, siyasi partilerin neticiği sağlanarak demokratik sistemin işleyişi ve yüce divan görevi olmak üzere üç önemli fonksiyonu yerine getirmektedir. İnceleme konumuz olan anayasa devlet bakımından ön çıkan fonksiyon ise devlet organlarının birbiri aleyhine ortaya çıkacak yetki ihlallerinin önlenmesi fonksiyonudur.

Doktrinde, anayasaya uygunluk denetiminin, dolayısıyla da anayasa yargısının tarihsel süreç içerisinde devlet iktidaranın kullanlan organlar arasındaki yetki sınırlarının çizilmesi tekniği olarak başladığı belirtilmektedir. Buna göre yargının özel bir kolu olan anayasa yargısı, temelde kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir ürünüdür ve ABD’de olduğu gibi Avrupa’daki ilk anayasa mahkemelerinin tek görevi, devlet iktidaranın kullanlanar arasındaki yetki paylaşımına ilişkin denetimin yapılmasını içermektedir. Anayasa mahkemeleri bu şekilde devlet organları arasında adeta bir hakemlik görevini yerine getirerek anayasal ve demokratik bir devlet sistemini kurulup işlenmesine de katkı yapmaktadırlar. Eğer bir sistemde devlet organlarının kendileri için anayasalda öngörülen yetki sınırları içinde kalmalarını önleyecek, dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlayacak bir güvence de olamazdı.

Günümüzde devlet organları arasındaki yetki sınırlarının belirlenmesine yönelik anayasaya uygunluk denetimi iki düzeyde gerçekleşmektedir. Bunlardan birincisi inceleme konumuz açısından oldukça önemli olan yasama, yürütme ve yargı arasındaki yatay kuvvetler ayrırlığı; ikincisi ise, merkezi ve adem-i merkezi kurumlar arasındaki düşey kuvvetler ayrırlığı güvence altında almaktadır. Anayasa mahkemeleri, yasama, yürütme ve yargı organları ile bunlara dayanarak kamusal yetki kullanan diğer devlet organlarından birinin diğerinin yetki alanına müdahale

1100 Kaboğlu, 1994, s. 102.
1101 Ergül, 2007 (a), s. 109.
1102 Kaboğlu, 1994, s. 102.
1103 Erdoğan, 2005 (c), s. 3.
eşitliklerini engellemek için anayasal geleneklerle oluşmuş bulunan karşılıklı dengeyi korumaktırlar.\textsuperscript{1104} Devlet organlarının her birine ait yetki alanı koruma görevi, tüm anayasa mahkemelerinin ortak görevlerinden birini oluştururdu.\textsuperscript{1105} Böylelikle devlet organları, özellikle de yasama organı ile hükümet arasındaki farklılıklar ile dengeler korunmaktadır.\textsuperscript{1106}

Almanya ve İtalya Anayasaları'nda bu yetki son derece açık bir şekilde düzenlenmiştir. 1949 tarihli Federal Almanya Anayasası’nın, AAM’nin yetkilerini düzenleyen 93. Maddesi, “Bir yüksek federal organ veya bu Anayasa veya bir yüksek federal organın tüzüğü tarafından özgü haklarla donatılmış diğer tarafın hak ve yükümlülüklerinin kapsamlı konusundaki uyuşmazlıklar dolayısıyla bu Anayasanın yorumu hakkında...” şeklindeyken, 1947 tarihli İtalyan Anayasası’nın 134. maddesi de, Anayasa Mahkemesine, kamusal yetki kullanımlarından kaynaklanan devlet organları arasındaki uyuşmazlıklar çözme yetkisi vermiştir.\textsuperscript{1108}

Doktrinde, bugün için anayasa yargısı'nın önemli örneklerinden biri olarak kabul edilen Fransız Anayasa Konseyi’nin ilk oluşumu kuvvetler ayrılığı ilkesi ile açıklanmaktadır. Buna göre Fransız sistemi, genel irade ve onu temsil eden yasama organı ile onun kanunlarına üstünlük tanıyan bir anayasal geleneğe dayanmaktadır. Ancak, V. Cumhuriyet ile birlikte yasama organı ile Cumhurbaşkanlığı makamı arasındaki gücün sınırlarının ayrılması karar verilmiştir. Konsey, bundan sonra söz konusu iki organ arasındaki kamusal yetkilerin sınırlarını gözetmek ve olası uyuşmazlıklar çözme için kurulmuştur. Anayasa Konseyi’nin ilk kuruluş amacı, özellikle şekli kanun ve Meclis İctüzükleri kullanılarak yasama organının yetkilerini diğer devlet organları aleyhine genişletmesini engelleyerek yasama yetkisine sınırları getirmek olmuştur.\textsuperscript{1109}

\textsuperscript{1104} Kaboğlu, 1994, s. 103.
\textsuperscript{1105} Kaboğlu, 1994, s. 103.
\textsuperscript{1106} Gülsoy, 2007, s. 105.
\textsuperscript{1109} Ergül, 2007 (a), s. 107.
Türk Hukuku’nda gerek 1961 gerekse de 1982 Anayasa’sında Anayasa Mahkemesi’ne yatay kuvvetler ayrılığı çerçevesinde, kamu niteliği yetki kullanan devlet organları arasında ortaya çıkacak görev ve yetki uyuşmazlıklarını çözme yetkisi verilmemiştir.1110 Aslında özellikle de 1982 Anayasası’ndaki güçlü yürütme anlayışı ve bunun bir sonucu olarak Cumhurbaşkanı’nın özel hukuksal statüsü, olası uyuşmazlıklar konusunda Anayasa Mahkemesi’nin hakemlik görevi verilmesini gerektirebilirdi.1111

Doktrinde, böyle bir görevin verilmeyişinin nedeninin yürütmenin bir ‘görev’ olarak düzenlenmiş olmasıından kaynaklandığı belirtilmektedir.1112 Buna göre, 1961 Anayasası’nda yürütme, sadece bir görevdir ve dolayısıyla kanunun belirleyici olduğu bir anayasa örneği teşkil etmektedir. Her konunun başlangıçta mutlaka kanunla düzenlenmesi gereklidir. Yürütmünin görev olması, bağımsız bir düzenleme yetkisinin olamayacağını ifade etmektedir. Anayasanın bu mantıksal bütünlüğü içinde de Anayasa Mahkemesi’ne anayasal organlar arasında çıkması muhtemel yetki uyuşmazlıklarını çözme yetkisinin verilmeyişini de doğal bir sonuç olarak değerlendirmektedir. Çünkü yürütmenin düzenleme yetkisi olmadıktan yasama ile yürütme arasında, belli bir konuda hangisinin yetkili olup olmadığını gibi bir uyuşmazlık da söz konusu olamayacaktır.1113 Her ne kadar 1982 Anayasası’nda yürütme ‘yetki ve görev’ olarak düzenlenmiş ve yetki olmasına dayalı olarak da yürütmeye KHK’ler çıkarmak bakımından bir düzenleme yetkisi verilmişse de, bunun bir yetki kanununa dayanma zorunluluğu nedeniyle yasama organı inisiyatif sahibidir; bu nedenle de Anayasa Mahkemesi’ne yasama ile yürütme arasında çıkabilecek yetki uyuşmazlıklarını çözme yetkisi verilmemiştir.1114

1111 Kaboğlu, 1994, s. 104.
1112 Teziç, 1972, s. 83.
1113 Teziç, 1972, s. 83.
2. Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması

Yukarıda açıkladığımız üzere, II. Dünya Savaşı öncesi Almanya ve İtalya’da yaşanan acı tecrübelerden sonra, genel irade olarak öne çıkarılıp değer verilen olgunun, aslında çoğuluk iradesinden başka bir şey olmadığı ve insan hakları ihlali yapmak bakımından seçimle iş başında gelen çoğuluk ile krallar arasında bir farkın olmadığı anlaşılmuştur.


Diğer taraftan devlet iktidarının çeşitli tezahürleri olan organlar arasında var olması gereken dengede, yasama ve yürütme organlarının giderek güçlenip bir güç ittifaki oluşturmasının özgürlükler alehine yaratmış olduğu tehlkiye karşı bir tedbir olan anayasal devlet, aynı zamanda, devlet iktidarıyla temel hak ve özgürlüklerin etkili bir şekilde korunmasındaki denge arayışının bir sonucudur. Anayasal devlet bir bakıma, devlet gücünün anayasa yargısı etkili bir denetimine tabi olduğu bir devlettir.

Son yıllarda gerek ulusal gerekse uluslararası düzeyde özgürlüklerle ilgili bildiri ve sözleşmelerin çoğalması, bunların özellikle anayasa yargısı tarafından

1115 KABOĞLU, Ö.Ibrahim, “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı”, AYD, Sy.8, 1991, s. 299.
1116 MAHRENHOLZ, Erast, “Gümüşünde Anayasa Yorumu ile İlgili Sorunlar”, AYD, Sy.9, 1993, s. 194.
1117 Ergül, 2007 (a), s. 111.
1118 Kaboğlu, 1994, s. 111.
korunuyor olması gerçeği, güçlü yasama, güçlü yürütme ve güçlü yargı biçiminde bir iktidarlar dengesi yönünde gelişen hareket çerçevesinde değerlendirilebilir.1119 Tarihsel süreç içerisinde insan hakları ile yasama organı başlangıçta paralel bir şekilde gelişip güçlenmişken, XX. yüzyılda anayasa mahkemelerinin kurulmasıyla, yasamaya karşı özgürlükleri koruma, kimi zaman dayatma şeklinde bir düşünce doğmuş; bu çerçevede anayasa mahkemelerinin amacı söz konusu bu düşünceyi hayata geçirme hedefi olmuştur. Bu süreç günümüzde de varlığını devam etmektedir. Sosyalizm sonrası ortaya çıkan anayasa mahkemeleri bir yandan demokrasiye geçiş sürecine katkıda bulunırken bir yandan da öncelikli olarak temel hak ve özgürlükleri koruma görev ve yetkileri ile donatılmıştır. Örneğin 1989 tarihli Macaristan Anayasa Mahkemesi Kanunun başlangıç kısmında Anayasa’daki temel hakları korumanın, Anayasa Mahkemesi’nin varlık nedenini oluşturdugu hüküm altında alınmıştır.1120 Yasamaya karşı temel hak ve özgürlüklerin anayasa mahkemelerince korunması gerekli bir süreç Avrupa ortak kamu hissederinden, Avrupa anayasal devletlerinin yasama organlarına karşı hak ve özgürlüklerin korunması gerekli bir süreçtir.1121


1119 Kaboğlu, 1991, s. 299.
1120 Kaboğlu, 1994, s. 111.
1121 Kaboğlu, 1991, s. 299.
Anayasa mahkemelerinin asıl varlık nedeni, ulusal hukuk çerçevesinde ancak uluslararası ölçülerde gelişme gösteren bir çizgide\textsuperscript{1122} anayasa, uluslararası sözleşmeler ve hukukun genel ilkelerine aykırı bir şekilde özgürlükleri ihlal eden kanun hükümleri ve uygulamalarını ulusal hukuk düzeninden çıkarmaktır.\textsuperscript{1123} Almanya'da Anayasa Mahkemesi'nin kurulmasındaki temel neden, federal devlet düşündesini bile ikinci plana atarcasına temel hak ve özgürlükleri koruma amacı olmuştur. Korumasız bir demokrasinin insan hakları açısından taşıdığı tehlikeleri acı tecrübelerle yaşayan Nazi Almanya dönemininden sonra Almanya'da, anayasa yargısının asıl fonksiyonu temel hak ve özgürlükleri korumak olmuştur.\textsuperscript{1124}

Diğer taraftan anayasa mahkemeleri, insan haklarını koruyup ona saygıyi hayata geçirirken, çeşitli ilkeler geliştirirken; hatta yorum yoluyla hak ve özgürlüklerle ilişkin yeni normlar yaratmaktadır.\textsuperscript{1125} Anayasa mahkemeleri, anayasalarda yer alan sınırlı temel hak ve özgürlük alanını, uluslararası sözleşmeler, hukukun genel ilkelerinden hareketle ve anayasasının insan hakları anlayışına uygun olarak zaman zaman da bunu zorlayarak içtihatlar yoluyla genişletip bazı hakları temel hak olarak niteleyip anayasal haklar kapsamına sokmaktadır. Bu yönüyle, anayasa haklar, anayasa yargısının temel hak niteliğini taşıdığı haklar olmaktadır. Buna, İsviçre Federal Mahkemesinin, kuvvetler ayrılığı ilkesini, vatandaşlara temel hak olarak tanıması; AYM’nin yargı erkinin sadece var olmasını yeterli olarak görmeyip, onun vazgeçilemez niteliği diye ilke olarak benimsediği yargı bağımsızlığını, temel hak ve özgürlüklerin en büyük, en etkili güvencesi olarak kabul etmesiyle yargı erki ile yargı bağımsızlığın birliktesi iki anayasal ilke niteliğinde temel hak olmasını sağlaması\textsuperscript{1126}; Alman Anayasasının ‘masumiyet karinesi’ni içermemesine rağmen AAM’nin AIHS’ye dayanarak Söz konusu ilkeyi hukuk devletinin bir ögesi olarak geliştirmiş olması örnek olarak verilebilir.\textsuperscript{1127}

Bu konuda Fransa Anayasa Konseyi önemli bir örneği teşkil etmektedir. 1958 tarihli Fransız Anayasası diğer birçok Avrupa ülkesinden farklı olarak temel hak ve

\textsuperscript{1122} Mahrenholz, 1993, s. 194.
\textsuperscript{1123} Kaboğlu, 1991, s. 112.
\textsuperscript{1124} Ergül, 2007 (a), s. 112-113.
\textsuperscript{1125} Kaboğlu, 1991, s. 112.
\textsuperscript{1127} Mahrenholz, 1993, s. 195.

Son olarak belirtmek gereki ki, anayasa mahkemeleri daha özel bir koruma olarak bireysel başvuru olarak adlandırılan yöntemle bireylerin kendisine doğrudan doğruya yapmış oldukları başvuru üzerine temel hak ve özgürlüklerle ilişkin ilhalar vererek özgürlükler bakımından çok önemli bir fonksiyon yerine getirmektedirler. Bütün bunlar, anayasal haklara ilişkin konularda anayasa mahkemelerinin ne kadar belirleyici bir konuma sahip olduğunu göstermektedir. Söz konusu bu fonksiyon ve konum, insan haklarının anayasallaşması sürecinde anayasa mahkemelerinin güçlenmesini sağlamıştır. Bugün için hemen hemen tüm anayasalarda temel hak ve özgürlükler listesine yer verilmesi ile birlikte anayasa mahkemeleri siyasal sistem içinde çok önemli bir konuma gelmiştir.\(^{1131}\)

Bundan sonra anayasa mahkemelerinin anayasal devlet bakımından vazgeçilmez nitelikte olan, anayasayı temel hak ve özgürlükler lehinde yorumlamak ve bireysel başvuruları kabul etmek fonksiyonlarını incelenecektir.

\(^{1128}\) 27.12.1973 tarih ve 73-51 sayılı karar, Gülsoy, 2007, s. 140.
\(^{1131}\) Ergül, 2007 (a), s. 112.
a. Anayayı Temel Hak ve Özgürlükler Lehinde Yorumlamak


Kıta Avrupa’sı Hukuk Sisteminde, yorum konusundaki tartışmalar genellikle anayasa yargısı üzerinde yoğunlaşmıştır. Sistematik bir anayasa metodolojisinin fonksiyonu, anayasa normlarına toplumsal yaşamda işlerlik kazandırıraktır. Bu yönüle bir anayasa normunun yorumu onu somutlaştırma işlemidir. Yorumlama, yorumlanan bir nesneyi anlama ve anlamlandırma faaliyeti olup bir hukuk

1132 ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, “Anayasal Yargıda Yorum”, AİD, C.28, Sy.4, 1995, s. 3.
1133 Aliefendioglu, 1995, s. 3.
1134 ODER, Emrah Bertil, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri Hukuk Bilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma, Beta Yayınevi, İstanbul 2010, s. 5.
1135 METİN, Yüksel, Anayasalın Yorumlanması, Asi Yayıncılık, Ankara 2008, s. 33.
1138 Arslan, 2008 (a), s. 60.
normunun anlam açısından geçerliliğini/yürürlüğünü belirlemektedir.\textsuperscript{1139} Hukuk, yorum konusu olması gereken nesnelerden birisidir ve ‘hukuk yorumsal bir kavram’dır.\textsuperscript{1140} Hemen belirtilmelidir ki, hukuk kurallarının yorumu dendiğinde, yazılı hukuk normları kastedilmektedir. Bu nedenle de yorumda, pozitif hukukun düzenlenmiş olduğu hükümlerin anlamlandırılması söz konusudur.\textsuperscript{1141} Yargıç ya da mahkeme yazılı bir hukuk normunu yorumlayarak ona hukuki bir yaşam vermekte; uygulanabilir bir nitelik kazandırmaktadır.\textsuperscript{1142} Genel olarak hukukun ve bu arada anayasasının uygulanmasını önemli bir aşamasını oluşturan yorum, yürülükte olan hukuk ve anayasa normu hakkında basit bir bilgi verme faaliyeti değildir. Bu, aynı zamanda hukukun biçimsel olarak anıltma ve kullanılabilecek yöntem ulaşılabilecek hukuksal sonuçlara yol açan süreçten bağımsız olarak da büyük önem taşımaktadır.\textsuperscript{1143}

Diğer taraftan günümüzde anayasal devletin amacı, sınırlı devleti yaşamak için bireylerin temel haklarını koruma ve geliştirmeye doğru yoğunlaşma eğilimi taşımaktadır. Devlet ile bireyler arasındaki siyasal ilişkinin niteliğini değiştirmekte, devletin egemen bir varlıktan kaynaklanan hakları ile vatandaşların ödevleri şeklindeki geleneksel ikili düşünceye tersine dönmekte. Artık vurgu, bireylerin haklarına, buna karşılık olarak da devletin övelerine yapılmaktadır. Söz konusu bu değişim, devlet otoritesinin oluşumu şeklinde bir hukuk normunun yorumu ve onun pozitif hukuka geçmesini sağlamak için yürürlüğe geçen hukukunun yeni bir anlayış temelinde düzenlenmesine neden olmaktadır.\textsuperscript{1144}

Günümüzde kamu hukuku, ‘bireylerin devlete karşı hakları’ biçiminde şekillenmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin kazanmış olduğu söz konusu bu anlam ve önem, onların nasıl yorumlanması gerektiği sorusunu da beraberinde getirmektedir. Anayasal bir devlette, temel hak ve özgürlüklerle ilişkin özellikle de

\textsuperscript{1139} SELÇUK, Sami, 2007’nin Hukuk Olayı Anayasa Mahkemesi’nin 367 Kararı, Cedit Neşriyat, Ankara 2008, s. 32.
\textsuperscript{1140} Arslan, 2008 (a), s. 60.
\textsuperscript{1141} ESEN, Bülent Nuri, Anayasanın Anayasa Mahkemesince Yorumlanışı, AÜFY, Ankara 1972, s. 5.
\textsuperscript{1142} Kaboğlu, 1994. s. 155.
anayasal normların başta anayasa mahkemeleri olmak üzere özgürlükçü bir bakış açısıyla; klasik yorum yöntemlerinin sınırlıklarını aşar bir şekilde yorumlanması gerektiktedir.\textsuperscript{1145}

Doktrinde yorum yöntemleri, láfzî, tarihsel, sistematik\textsuperscript{1146} ve amaçsal (teleolojik) yorum\textsuperscript{1147} şeklinde dörtlü klasik bir tasnife tabi tulmaktadırır. Her ne kadar anayasanın yorumu, genel olarak hukukun yorumunun bir türü gibi görünüp anayasanın yorumunda da kanunların yorumlanmasında esas alınan klasik yorum yöntemlerinden yararlanılması gerektiğini düşünülse de, aslında anayasal devletin yukarıda belirtilen amaç; devlet-birey ilişkisinin niteliğinde yaşanan değişim ve

\begin{flushright}
1145 Turhan, 2009 (b), s.92.  
anayasasının niteliği dikkate alındığında önemli farklılıkların bulunduğu görülecektir. Tüm bu nedenlerle anayasaların ve özellikle de temel hakları içeren normların, kanunların yorumundan farklı kurallara tabi olması gerektiği genellikle kabul edilmekte ve kendine özgü bir anayasa hukuku metodolojisinden söz edilmektedir. Söz konusu metodoloji arayışı, yorumda daha çok normun metnini esas alan ve norma sıkı bağlılığa dayanmak klasik yorum yöntemlerinin katı pozitivist yaklaşımasını hak ve özgürlükler lehinde asma konusuna yoğunlaşmakta ve bu amaçla çeşitli yollar önermektedir.1148

Bu yollardan ilk AlİHM tarafından Sözleşme’nin yorumunda benimsenen ‘geliştirici yorum’ yöntemidir. Bu yöntemde göre Sözleşme, bugününün şartları doğrultusunda, yani Sözleşme’yı kaleme alanların ilk ve klasik hale gelen amaçlarına bakarak değil, tam tersine olarak Sözleşme’nin yayınlığı girmesinden günümüze kadar yaşanan toplumsal, hukuki ve siyasal gelişmeler dikkate alınarak yorumlanmalıdır.1149 Başka bir ifadeyle, temel hak ve özgürlüklerle ilişkin normların yorumunda, klasik yöntemlerin tersine olarak norm-sosyal gerçeklik ilişkisi dikkate alınmalıdır.1150 Toplumsal yaşam durağan olmadığından anayasalarda yer alan özellikle de özgürlüklerle ilişkin ilkeler, değişen şartlar çerçevesinde kapsam, sınırlar ve amaç bakımından yeniden belirlenerek uygulanmalıdır.1151 Doktrindeki ifadeyle belirtmek gerekirse, “Anayasa düzeyinde bir sorunu düşünecek olursak bu, ‘diş a dönük yoruma’ gitme zorunluluğunu; yani, normun yazılı, basılı şekli üzerinden

---

1148 Sancar, 2000 (b), s. 207.
1151 Turhan, 2009 (b), s. 103.
bAŞINZı KALDIRIP DA ETRAFINIZA BAKMAK VE GERÇEKLERİN NE OLDUĞUNU ARASTIRMAYA ZORUNLUĞUNU, YORUMUN DAŞA DÖNÜK OLARAK YAPILMASINI GEREKTIRMekteD".1152

Klasik yöntemlerde sosyal gerçeklik, normun anlamlandırılmasına etki eden bir rol oynamamaktadır.1153 Oysaki normun bizzat kendisi, norm ile korunmak veya değiştirmek istenen belli bir sosyal gerçekliği dikkate alarak ifadelerle kaleme alınmaktadır. Bu nedenle, normun ilişkili olduğu sosyal gerçeklik alanı, normun anlamları belirliyen temel unsurlarından birdir ve normun anlamı sosyal gerçeklik dikkate alınmaksızın belirlenemez. Sosyal gerçekliğin bu şekilde temel bir etkiye sahip olmasıyla, sosyal gerçeklikte meydana gelen değişim ve dönüşülerin ruhu hukuk tarafından yakalanamakta; hukuk ile hayatın akışında bir farklılığın ortaya çıkması engellenmiş olmaktadır.1154

1152 Esen, 1972, s. 10.
1153 Sancar, 2000 (b), s. 208.

1152 Esen, 1972, s. 10.
1153 Sancar, 2000 (b), s. 208.
Benzer şekilde doktrinde, bazı AYM kararlarına atfen özgürlüklerin sınırlanmasında bir ölçüt olan Cumhuriyet kavramının yorumundaki, Cumhuriyet ile neyin kastedilmiş olduğu kadar, bu kavramın yer ve zaman itibariyle gelişimi ve bugün kazanmış olduğu anlamın da önemli olduğu belirtilmektedir. AIHM de bir kararında, Sözleşmede yer alan temel hak ve özgürlüklerin konusu ve amacı ele alınırken başka bir ifadeyle, yorumlanarak somut olaya uygulanırken sadece Sözleşme hükümlerinin değil, davada Devlet tarafından onaylanmış olup olmadığı önemli olmaksızın uluslararası hukukun kaynağı oluşturduğu ve bugün kazanmış olduğu anlamın da önemli olduğu belirtilmektedir. Mahkeme önemli olanın, söz konusu uluslararası sözleşmelerin, uluslararası hukukta veya AK’ye üye devletlerin çoğunluğunun iç hukukunda yer alıp uygulanan norm ve ilkelerde devam etmesi olan bir gelişimi ifade etmesi ve modern toplumlarla ortak zeminini oluşturmasının da dikkate alınacağına hükmetmiştir. Mahkeme önemli olanın, söz konusu uluslararası sözleşmelerin, uluslararası hukukta veya AK’ye üye devletlerin çoğunluğunun İç hukukunda yer alıp uygulanan norm ve ilkelerde devam etmesi olan bir gelişimi ifade etmesi ve modern toplumlarla ortak zeminini oluşturmasının da dikkate alınacağına hükmetmiştir.1157

Norma sıkı bağlılık ilkesine dayanılarak dayanan klasik yorum metotlarının katı pozitivist yaklaşımını aşmak amacıyla önerilen yollardan bir diğer ‘normların hak temelli yorumlanması’dır. Doktrinde Ronald Dworkin’te atfen hukukun, amaç veya ödev temelli değil, hak temelli olması gerektiğini belirtilmekte; yani hakların, ödevlerden ve kolektif amaçlardan daha üstün tutulması gerektiğini savunılmaktadır. Buna göre, bütün anayasalarda işkence yasağı yer almaktadır. İşkencenin cezalandırılanın fiili olması mağduru acılarını temel almasıBorderColor população holde hak temelli olacaktır. Eğer cezalandırıma, işkencenin bu yapan kamu görevlisinin görevinin gerekli olduğu düşünülürse, ortaya çıkan işkence vakalarının devleti küçültüğünü düşünsesine dayanyorsa, işkence yasağına yaklaşım ödev temelli olacaktır. Eğer işkence, buna maruz kalmayanların menfaatlerini de etkilemiş olması halinde kabul edilemez bulunuyorsa, işkenceye yaklaşım yararı bir amaç taşımakta ve amaç temelli

1156 YAYLA, Yıldızhan, “Anayasa Mahkemesi’ne Göre Cumhuriyetin Özü”, İçinde: Prof. Dr Hıfzı Tümr’un Anısına Armağan, İÜHFY, İstanbul 1979, s.1004.
olmaktadır. Özetle belirtmek gerekirse Ronald Dworkin’in haklar tezi, temel hak ve özgürlüklerin genel-ortak yarar düşüncelerinden önde geldiği ifade etmektedir. Ona göre vatandaşların devlete karşı, bir takımahlaki hakları bulunmaktadır.1158

Hak temelli yaklaşımın daha iyi anlaşılabilmesi için ülkemizde yakın zamanlarda yaşanmış olan öğrenci evleri tartışması örnek olarak verilebilir. Kız ve erkek öğrencilerin evlenmeksizin aynı ev paylaşmaları ve bu duruma yönelik çevre sakınlerinin tepkisinin ulusal siyaset ve medya gündemine yansıması üzerine büyük bir tartışma ortaya çıkmış; valilikler aracılığıyla bu duruma müdahale edileceği iddiaları da bu konunun uzun süre gündemde kalmasına neden olmuştur.1159


Benzer şekilde söz konusu bu özgürlüğü laik bir yaşam biçimini çerçevesinde ele alıp savundukuz zaman öğrencilerin bu şekilde birlikte yaşamalarına genel toplumsal ahlak adına veya aile kavramına dayanarak karşı çıkanları laiklik karşıtı olarak değerlendirerek sınırlı çok mümkün olmasına gerekir. Bütün bunlardan da anlaşılmalıdır ki, farklı yaşam biçim ve tercihleri laiklik ilkesine başvurmadan da hak temelli bir yorumla, hak ve özgürlüklerin kendi dinamikleri çerçevesinde önü açıklar, çok daha güvenceli bir şekilde korumak mümkün olacaktır.

AIHM de, Refah Partisi’nin AYM tarafından kapalı1160 üzerine yapılan başvuru Sözleşme hükümleri çerçevesinde incelerken ‘hak temelli’ yaklaşımyorumdan ayrılmış, ‘amaç-temelli’ bir yorumu benimsemiştir.1161 AYM kararları ile kapatılan Türkiye Birleşik Komünist Partisi (TBKP)1162 ile Özgürlük ve Demokrasi partisinin (ÖZDEP)1163 tüzük ve programının; Sosyalist Partinin (SP)1164 eylemlerinin, şiddetli savunma, teşvik veya şiddette başvurma niteliğinde olmadığı şekilde özetlenebilecek bir gerekçeye dayanan AIHM ihlal kararı vermiştir. Mahkeme, örgütlenme hakkının sınırını söz konusu gerekçeler çerçevesinde belirlemiş; hakkın sahibi siyasi partiyi temel alarak konuya yaklaşmış böylelikle hak temelli bir yorumu benimsemiş ve Sözleşme’nin dernek kurma ve toplantı özgürlüğünün düzenlenmiş olduğu 11. maddesini, kapatma yaptırımı uygulanan siyasi parti açısından ele almıştır.

hükmetmiştir. Doktrinde bunun, ‘amaç temelli’ bir yorumu benimsemek olduğu belirtilmiştir; Dworkin’in hak tezine atıfla, hak ve özgürlüklerin diğer bütün mülakazalar karşısında öncelikli olması gerektiğini vurgulanmıştır.  

Diğer taraftan, uyuşmazlık halinde olan iki veya daha çok taraftan herhangi birinin bir temel hakta dayanmak istemesi halinde, temel haklar arasında gerçek bir çatışma olarak tanımlanmaktadır. Bu türlü olaylarda olası gerekken temel ilke, çatışan temel hak durumlarına mümkün olduğuna adil davranılmasıdır.  

Çatışmanın bir tarafında temel hak; diğer tarafında ise anayasa hukukunun temel bir ilkesi bulunsada herhangi birin veya daha çok taraftan herhangi birinin bir temel hakta dayanmak istemesi halinde, temel haklar arasında gerçek bir çatışma olarak tanımlanmaktadır. Bu türlü olaylarda olası gerekken temel ilke, çatışan temel hak durumlarına mümkün olduğuna adil davranılmasıdır.  

AYM de diğer ülkelerdeki yüksek mahkemeler gibi zaman zaman demokratik iki temel değer arasında bir tercih yapmakla karşı karşıya kalmaktadır. Bu tercihleri bazı özgürlüklerin dehşet altında olabilmektedir. AYM’nin bir kararında; “Özelde korunması gereken laiklikle bağdaşmayan özgürlük savunulamaz ve korunulamaz.” “...giyim özgürlüğü ve özgürlük, laiklik üstün tutularak, laiklikle birlikte gözetilir. Laiikliği ortadan kaldıran ya da zedeleyen bir özgürlük ya da özgürlük geçerli kazaramaz.”  

Anayasa Mahkemesi’nin özgürlüklerle olan bu yaklaşıma ve yorum tarzı, Dworkin’in özgürlükleri her türlü değerlendirmeden üstün tutan yaklaşımdan son derece farklı bir konumda bulunmaktadır. Demokratik değerler arasında bir tercih yapmak söz konusu olduğunda bunun özgürlükler esas alınarak yapılması daha doğru bir yaklaşım tarzı olacaktır. Çünkü kanaatimizce anayasal bir devlette öncelikle  

1167 Turhan, 2009 (a), s. 147.  
1168 Herzog, 1990, s. 17.  
1169 Herzog, 1990, s. 17-18.  
1171 AMKD, Sy.25, 2001, s. 152.  
1172 AMKD, Sy.25, 2001, s. 156.  
temel hak ve özgürlüklerin başka değer ve mülahazalar karşısında nisbi bir nitelik kazanması engellenecek bunlara feda edilmemesi gerekmektedir.

Bu çerçevede Refah Partisi’nin kapatılmasıyla ilgili olarak gerek AYM gerekse AİHM kararları eleştirilmektedir. Buna göre, Dworkin’in hukuk kuramını tanımlayan ve sınıflandıran ilkeler üzerinde yükselmektedir. İlkelerin başkalarıyla çatışması halinde hangi hak daha güçlü durumda ise, o hakkı içeren ilke davanın çözümünde dikkate alınmalıdır. Oysaki AYM, davaların biriktirme hükümdardan hareket ederek davayı çözümlemeden çıkamadığı, hak temelli bir yaklaşım ve yorumda bulunmamışıtır. Bu nedenle de parti kapatma davalarında ceza hukukunun sanık lehine olan ilkelerini göz ardı etmiştir. Yine milletvekillerinin ifade özgürlüğünü bakımından son derece önemli olan yasama sorumsuzluğunu da kapatma davasında dikkate almamıştır.1174

Son olarak, anayasal devletin hayat geçmesi bakımından klasik yorum yöntemlerinin katı pozitivist tavrının aşılması ve anayasaların yorumunda özelilek benzerliklerin yaşanması tarafından başvurulması gerekken yöntemlerden biri olan ‘Karşılaştırmalı Anayasa Hukukuna’ başvurusu incelenecektir. Söz konusu yöntem artık günümüzde seçenekler arasında en iyi tercih edilmiş olanın sahibi olan durumda. Sadece yapılan reformlar öncesi başvurulması gerekken bir yorum yöntemi değildir. Tersine çok sayıda, yabancı hukuk düzenlerinin ortaya koyduğu perspektif içinde, ulusal hukuk düzenlerinin nesnesi ve nesneleri ile birlikte daha iyi anlaşılmasını sağlayan bir yöntem olarak görülmektedir.1175

Diğer taraftan, her geçen gün Avrupa’da, hatta her yerde bütün dünyada anayasalar alanında benzerlikler çoğalmaktadır. Söz konusu benzerlikler, anayasaların yorumunda yabancı anayasaların yardımı yorum unsuru olarak kullanılması gündeme getirmektedir. Adı geçen benzerliklerden biri milletvekili dokunulmazlığıdır. İspanyada Anayasa Mahkemesi, bu kurumun ortak bir anlami olacağı düşüncesiyle hareketle, İspanyada Anayasası’nın 25. maddesinde yer alan kurumun içeriğini belirlerken AAM’nin konuyla ilgili içtihatlarına dayanarak özgürlük lehinde karar vermiştir. Benzer şekilde Fransız Anayasa Konseyi de, bilim

1174 Turhan, 2009 (a), s. 144.
hürriyeti ve yayma hakkı konusunda AAM içtihatlarını benimsemektedir. AAM’nin benzer şekilde Yunanistan ve Portekiz Anayasa Mahkemeleri kararları üzerinde de etkili olduğu görülmektedir. AAM de Anayasanın özellikle de temel hak ve özgürlüklerle ilişkin hükümlerini somutlaştırırken diğer ülkelerin Anayasa ve Anayasa Mahkemeleri kararlarından yararlanmaktadır. Örneğin, çeşitli ülkelerdeki yargısal içtihatlar ve doktrinden faydalanarak Bonn Anayasasını'nın 13. maddesindeki konut kavramının geniş manada yorumlanıp anlaşılmasına gerektiğine hükmetmiştir. Benzer şekilde söz konusu yöntemi, ömür boyu hapis cezasının meşruluğu ve egemenlik yetkisinin devrinin anayasal sınırları konusunda da dikkate alarak özgürlükler lehinde sonuçlara ulaşmıştır.  

b. Bireysel Başvuruları Kabul Etmek (Anayasa Şikayeti)

Anayasal devletin üzerinde yükselen olduğu temel değerlerden biri olan temel hak ve özgürlüklerin başta devlet olmak üzere kamusal nitelike yetki kullanan organlar (kamu gücü) tarafından ihlal edilmesini engellemek, ortaya çıkan ihlalleri telafi etmek ve cezalandırma önceliğine duyularak önemli bir konu olmuştur. Bu çerçevede Anayasa yargısında bireysel başvuru yolunun kabul edilerek anayasal düzene dahil edilmesi anayasal devletin hayata geçirilmesi bakımından son derece önem taşımaktadır. Gerçekte de pek çok devlette bireysel başvuru yolu anayasal yargısının en önemli fonksiyonu olarak kabul edilmektedir.

Öncesinde de belirtildiği üzere, kanunların anayasaya uygunluğunu sağlayan veya anayasal düzenin korunması dışında temel hak ve özgürlüklerin korunması, anayasa yargısının anayasal devletteki en temel fonksiyonunu oluştururduktadır. Anayasa yargısının söz konusu bu fonksiyonu geçmiştir ikincil

1176 Metin, 2008 (c), s. 443-445.
nitelikte görülmüş olsa da, anayasal devlette temel hak ve özgürlükleri koruma fonksiyonu anayasa mahkemelerinin ve anayasa mahkemesi görevini yerine getiren mahkemelerin en önemli niteliğini oluşturmaktadır. Bu yönüyle bireysel başvuru, anayasa yargısının temel hakları koruma fonksiyonunu yerine getirmeye ulaştığı gelişmişlik seviyesinin bir aşamasını ve şu an için son basamağı ifade etmektedir.\footnote{Kılınç, 2008, s. 20.}


Kanaatimizece, bireysel başvuru yolunun kullanılması bu kuruma yer veren ülkelerin hukuk sistemlerinde genel olarak olağan kanun yollarının tüketilmesi şartına bağlanmıştır. Bu ise kamusal yetki kullanılmak suretiyle özgürlükleri ihlal eden eylem ve işlemlerin yarışsal başvuruya konu edilerek yargışal sürecin kesinleşmesini zorunlu kılmaktadır. Bu yönüyle değerlendirildiğinde, her ne kadar bireysel başvuru inceleme konusu yapılan temel hak ve özgürlükleri ihlal eden eylem ve işlemler ise de nihai olarak bu işlemlerin hukuka uygunluğunu konusunda son sözü söyleyen mahkeme kararları da anayasa yargısı tarafından denetlenmiş olmaktadır. Dolayısıyla anayasa yargısı, bireysel başvuru yoluyla sadece yaşıama organı denetleyen bir mekanizma olmaktan çıkararak yargı organının denetlenmesini de gerçekleştirmekte böylelikle özgürlüklerin kamusal yetki kullanman her organ, kesim\footnote{Alman uygulamasında, bütün yasama işlemlerine karşı da bireysel başvuru yapılabilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kılınç, 2008, s. 21.} veya kişiye karşı korunması sağlayarak koruma kalanının etkili alanı genişletmekte; anayasa devletin temel hak ve özgürlükler düzeninde çok önemli fonksiyonları yerine getirmektedir. Ayrıca anayasa yargısına başvuruda geleneksel yol olan somut ve soyut norm denetiminin sadece kanunlar bakımından mümkün

\footnote{Kılınç, 2008, s. 20.}

\footnote{Görüş No:296/2004, Raporun Türkçe çevirisi için bkz. http://www.abgm.adalet.gov.tr/ekutuphane/venedik%20komisyonu%20g%C3%B6r%C3%BC%C5%9Fleri/4.pdf, s.10. e.t: 28.07.2014.}

\footnote{Alman uygulamasında, bütün yasama işlemlerine karşı da bireysel başvuru yapılabilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kılınç, 2008, s. 21.}
olduğu, anayasada belirtilen sınırlı sayıda kişi ya da kurumun inisiyatifinde olduğu düşünüldüğünde söz konusu yolun önemi daha iyi anlaşılacaktır. Söyle ki, bireysel başvuru yoluyla hem kamusal yetkiye dayanan her türlü hak ihlalinin yargısal denetimi sağlanarak hem de olağan hukuk yolları tüketildikten sonra devreye girmesi için sadece ihlale uğrayan kişinin iradesinin yeterli olduğu bir yol olarak yargısal korumunun alanını hem konu hem de bundan yararlananlar bakımından genişleterek anayasal devletin işleyişi içinde büyük bir katkı yapmaktadır.

Bireysel başvuru, Anayasa’nın bağlayıcı ve üstün bir hukuk metni olması nedeniyle her şeyden önce temel hak ve özgürlüklerin doğrudan kullanımını sağlamaktadır.1182 Venedik Komisyonu’nun 2004 tarihli raporunda, bireysel başvuru hakkının anayasal adaletin en önemli unsurlarından biri olduğu, bu yolla temel hakların daha iyi ve daha etkili korunmasını mümkün olacağını belirtmişlerdir.1183 Bu kurum, devletin insan onurunu korumak için göstermek zorunda olduğu hassasiyetin bir ifadesini oluşturmuştur. Böylelikle anayasal devlet, temel hak ve özgürlükleri bireysel planda da koruma altında alarak, hiçbir hak ihlalinin takipsiz kalmadığını göstermiş olmaktadır.1184 Özellikle de kamu gücünden kaynaklanan her türlü hak ihlalinin anayasa yargısi önüne gelme ihmalinin olduğu hukuk düzenlerinde, hukuk devletinin dolayısıyla da anayasal devletin temelinde yer alan yargı güvencesi ilkesi hayata daha çok geçiş olmaktadır.1185

Hemen belirtilmelidir ki bireylerin kamusal yetkiye kullanılarak yaşaması olduklarını ihallerin niteliği diğerlerine oranla daha ağır olduğundan bu yolla daha

1181 1982 Anayasası’nın 150. maddesine göre, iptal davası açabilmek (soyut norm denetimi) yetkisi, Cumhurbaşkanına, iktidar ve ana muhalefet partisi Meclis grupları ile TBMM üye tam sayısının en az beşte biri tutarındaki milletvekiline ait iken 152. maddesine göre, somut norm denetimi yoluna başvuru anacak görülmekte olan davaya bakım mahkemenin anayasaya akrıllık iddiasını ciddi bulmasıyla mümkündür.
1184 Kılıç, 2008, s. 27.
1185 MELLINGHOF, Rudolf, “Federal Almanya Cumhuriyeti’nde Anayasa Şikâyeti”, AYD, Sy.26, 2009, s. 33.

Diğer taraftan söz konusu yöntem anayasa mahkemelerinin saygınlığına da artırmaktadır. Almanya’da anayasa hukuku ile ilgili her tartışmada AAM kararlarına atıf yapılmasını nedeni, Mahkeme’nin bireysel başvurular nedeniyle ortaya koymuş olduğu istikrarlı ve geniş bir içtihadın varlığıdır. Bireysel başvurunun giderek özgürlükler bakımından bir güvence unsuru haline gelmesiyle ülke aleyhine AİHM’ye yapılan başvurulara büyük oranda bir azalma görülmektedir. Örneğin, İngiltere’de demokrasi ve insan hakları kavramları daha yerleşik olmasına hepsinden önemlisi Almanya’nın çok eskishalayacak zamanlar olan II. Dünya savaşı öncesi ve sırasında yaşanan ağır insan hakları ihlallerinin merkezi ve sembol ülkesi olmasında rağmen, her iki ülkeden AİHM’e yapılan bireysel başvurular incelendiğinde İngiltere aleyhine çok daha fazla sayıda müracaat olduğu

1188 Mellinghof, 2009, s. 33.
1190 Sağlam, 2011, s. 21.
1192 Hassemer, 2004, s. 164.
1193 Kılınç, 2008, s. 27.
görülmektedir. Aynı husus AİHM tarafından verilen ihlal kararları bakımından da geçerlidir. Almanya’nın nüfusunun fazlalığı da dikkate alındığında bireysel başvurunun özgürlükler lehine ne kadar başarılı bir şekilde işlenirرى, AİHM’ne yapılan başvuruların da bireysel başvuru yolumun hukuk sistemimizde dahil edilerek 2012 yılı Eylül ayından itibaren işlemeye başlamasıyla azalmaya başladı görülmektedir.


Ülkeden ülkeye çeşitli açılardan farklılıklar görülmekteyse de birçok devlet, kamusal yetkiye, başka bir ifadeyle kamu gücüne dayanarak bireysel başvuruların ihlalini etkilemeyi temel hak ve özgürlükleri ihlal edilen bireyin hukukça dayanışına başvurarak hukuksal kadın gücüne dayanıyor.

koruma talep etme imkânı tanıyarak deyim yerindeyse özgürlükleri tabana yaymak istemiştir.


“MADDE 148- (Değişik: 12/9/2010-5982/18 md.) Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar...

... (Ek fıkra: 12/9/2010-5982/18 md.) Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır. (Ek fıkra: 12/9/2010-5982/18 md.) Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz. (Ek fıkra: 12/9/2010-5982/18 md.) Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir...”

30.03.2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 75. maddesinin 1. fıkrasıyla, 10.11.1983 tarihli ve 2949 sayılı Anayasal Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun yürürlükten kaldırılmıştır. 6216 sayılı Kanun dördüncü bölümü sadece bireysel başvuru ayırmış, Anayasa Mahkemesi’ne yapılacak bireysel başvuru hakkına ilişkin esas ve usuller ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Hemen belirtilmelidir ki bireysel başvuru da, 6216 sayılı Kanunun inceleme ve yargılama

1200AYDIN, 2011, s. 123.

Hukuk sistemlerinde bireysel başvuru kurumuna yer veren ülkeler arasında bulunan Almanya’daki uygulama, bütün yasama, yürütme ve yargı işlemlerine karşı yapılabilmesi nedeniyle en kapsamlı ve başarılı bireysel başvuru yolu olarak öne çıkmaktadır. AAM’nin bireysel başvuru üzerine vermiş olduğu kararların çoğu toplumun tamamını ilgilendiren temel sorunlara ilişkin olup başvurular, AAM’ye açılan davalar içinde % 96’lık bir oranı teşvik etmektedir. Almanya’da toplumsal ve siyasal alanda ortaya çıkan tartışmalı konularda verilen kararlar bireysel başvuru sistemini de örnek olarak verilebilir.

Bireysel başvuru kısaca, temel hak ve özgürlükleri kamu güçü tarafından ihlal edilen bireylerin başvurabileceği bir dava türü ancak ikincil ve yardımcı nitelikte olanüstü bir hukuki çare olarak tanımlanabilir. Bireysel başvuru, kamuusal yetkiye dayanan eylem ve işlemlerle özgürlükleri ihlal edilen bireylerin sorunu çözüme kavuşturmakla görevli genel mahkemelerin de bu konuda başarılı olmaya mevcut ilahl iddiasının ulusal sınırlar içinde çözümü için son bir çaredir.

Anayasa Mahkemelerinin bu konuda yetkisi, ikincil ve nihai bir yetkidir. Temel hak ve özgürlüklerin kamu gücü tarafından ihlal edilen bireylerin başvurabileceği bir dava türü ancak ikincil ve yardımcı nitelikte olanüstü bir hukuki çare olarak tanımlanabilir. Bireysel başvuru, kamuusal yetkiye dayanan eylem ve işlemlerle özgürlükleri ihlal edilen bireylerin sorunu çözüme kavuşturmakla görevli genel mahkemelerin de bu konuda başarılı olmaya mevcut ilahl iddiasının ulusal sınırlar içinde çözümü için son bir çaredir.

1201 Kılıç, 2008, s. 21.
1202 Mellinghof, 2009, s. 32.
1203 Baamonde, 2009, s. 104; PACZOLAY, Peter, “Anayasa Şikayeti: Bir Karma Çözüm mü?”, AYD, Sy.26, 2009, s. 313; Aydın, 2011, s. 125.
1204 Baamonde, 2009, s. 104; Paczolay, 2009, s. 313.

Hemen belirtilmelidir ki, bazı istisnai hallerin varlığında olağan kanun yollarının tüketilmesi şartı aranamayabilir. Dava konusu genel bir önem taşıyor ve genel mahkemelerdeki yargısal süreçin anayasal hakka zarar vermesi kaçınılmaz ve bu zarar başvuran için ağır ve telafi imkânız nitelikte olacak ise istisnai bir tedbir olarak genel mahkemelere başvurulması beklenmeksinin, doğrudan anayasaya yansımada başvurulabilirmir.1208 AYM tarafından ‘anayasal haklara saygı ilkesi’ olarak belirtilen,1209 başvuru yolunun etkisiz olması1210 ya da kanun yollarının

1205 Kılınç, 2008, s. 25
1208 Tunç, 1997, s. 43; Hassemer, 2004, s. 167.
1210 Başvuru No:2012/1137, 02.07.2013. Kararda AYM, herhangi bir başvuru yolunun mevcuatta düzenlenmiş olmasını tek başına yeteरli görmemiş, bu yolun uygulamada etkili olduğunu da etkili olmadığını ispatlanmış olmasını aramıştır. Başvurucu bakımından makul bir başvuru sansı tanıması gerektigi için uzun tutukluk süreleri ile ilgili olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun (CMK) 141. madde uygunca bir hukuka aykırılık teşpit edilip tazminata hüküm drewinesinin, kişinin bireysel başvuru incelemesinden önce serbest bırakılmıştır hukmedilmesini, kişinin bireysel başvuru incelemesinden önce serbest bırakılmasını sağlamak için yetmeyeceğini vurguladıktan sonra söz konusu yolun etkili görmeyecek doğrudan başvuru
tüketilmesinin beklenmesi halinde başvuru sahibinin hakları bakımından ciddi ve telafisi imkânsız bir tehlike olarak ortaya çıkması durumlarında tüketme şartı aranmayacaktır.1211

Diğer taraftan söz konusu yöntem, mevcut kanun yollarının devam niteliginde olmadığı gibi, anayasa altı hukuk düzeninin devam niteliğinde olmadığı gibi, anayasa altı hukuk düzeninin her türlü uygulama hatasının düzeltildiği bir olağanüstü temyiz yolu da değildir.1212 Temyiz ve istinaf aşamalarında, ilk derece mahkemelerin olayların ve delillerin değerlendirilmesini doğru yapip yapmadıkları, kanun hükümlerinin hukuka uygun bir şekilde uygulanıp uygulanmadığı gibi hususlar denetlenmektedir. Bireysel başvuru usulünde anayasa mahkemesi, bu hususları değerlendirebilir; genel mahkemelerin olay ve delilleri değerlendirirken, kanunları uygularken temel hak ve özgürlükleri ihlal edip


1212 Hassemer, 2004, s. 164.
etmediklerini ve ihlal varsa bireysel başvuru dışında başka bir yolla giderilip giderilemeyeceğini denetlemektedir. 1213 Bireysel başvuru, sadece spesifik anayasa hukukunun ihlalinin denetlenebileceği spesifik ve istisnai bir hukuk yoludur. 1214 Bu husus AAM’nin bir kararında şöyle belirtilmiştir:” Anayasa Mahkemesi’nin bir mahkemece verilmiş yanlış bir kararı salt tarafları arasında birinin temel hakkına dokunulması olmasıinterpreter'ti için bir temyiz merci gibi sınırsız hukuki denetimden geçirmesi, anayasa şıkayetinin anlama ve Anayasa Mahkemesi’nin bu alanda özel görevine uygun düşmez. Yöntemin belirlenmesi, maddi olgünün tespit ve değerlendirilmesi, sade yasaların yorumu ve bireysel olaya uygulanması, bunun için görevli ve yetkili kılmış olan mahkemelerin işi olup, bu alanda Anayasa Mahkemesi’nin denetim yapması söz konusu değildir. Anayasa Mahkemesi sadece spesifik (özgül) anayasa hukukunun ihlal edilmesi halinde anayasa şıkayeti üzerine müdahaleye hak kazanır.” 1215 Bir başka kararında ise bu hususu şöyle hüküm altına almıştır:”Anayasa Mahkemesi, ancak zaman mahkemece yapılan yorumun temel haklarının çizdiği çerçeveyi aşması halinde düzeltici müdahalede bulunamaz.” 1216 Bireysel başvuruya neden olan kamu gücü ibaresi (Öffentliche Gewalt), AAM’nin bir tanımı olup, en geniş anlambayasama, yürütme ve yargı organlarının işlemlerini ifade etmektedir. 1217 Tüm bireyler kendilerini zarara uğratan her türlü temel hak ihlalini, buna neden olan kamu gücünü kullanan organ ya da kesim önemli olmaksızın, bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne getirme hakkına sahiptirler. 1218 Türk Hukuku’nda Anayasa’da yasama, yürütme ve yargı işlemlerini kapsar şekilde ‘kamu gücü’ kavramına yer verilmiş olmasına rağmen 6216 sayılı Kanunun 45/3 maddesinde yer alan hüküm nedeniyle, yasama işlemlerleri ile

1213 Kılınç, 2008, s. 25.
1214 Hassemer, 2004, s. 164.
1215 BVerfGE 1, 418.420; BVerfGE 18,85, 92’den aktaran: Sağlam, 2011, s. 23.
1216 BVerfGE 65, 322’ den aktaran: Sağlam, 2011, s. 23.
1217 Kılınç, 2008, s. 24.
1218 Hassemer, 2004, s. 164.

291
anayasa koyucu bireysel başvuruya konu ihlallerin kaynağı olabilecek organ ve kesimleri geniş bir çerçeve'de düzenleyip konuya ilişkin herhangi bir sınırlama getirmediği halde, kanun koyucu ihlal işlemlerinin sahiplerinde daraltma yoluna giderek Anayasa'ya aykırı bir düzenleme ihdas etmiştir. Bu halıyla bireysel başvuru sadece yargı kararlarına karşı başvuruya indirgenmiştir.\textsuperscript{1221}

Kanaatimizece bu eleştiriye katılmak mümkün değildir. Şöyle ki; Anayasada yer alan düzenleme uyarınca bireysel başvuru yapabilmenin ön koşulu, ihlale neden olan kamusal yetkiye dayalı eylem ve işlemler aleyhine olan kanun yollarının tüketilmesidir. Bunun içinde zarara uğrayan kişi tarafından söz konusu işlemlerin hukuka aykırı olduğu iddia edilerek yargısal başvuru konusu yapılması gerekmektedir. Böylelikle aynı zamanda yargının denetimi de sağlanmış olmaktadır. Dolayısıyla 6216 sayılı Kanunun 45/3 madde sinde yer alan hüküm Anayasa’nın 148. maddesinin açıklanmasından ibaretir ve Anayasaya aykırı değildir.\textsuperscript{1222}

Diğer taraftan bireysel başvuru esas olarak kamu gücünden kaynaklanan hak ihlallerine karşı bir koruma sağlamakla birlikte bazı durumlarda özel kişilerden kaynaklanan hakkı da koruma sağlayabilir. Temel hakların yatay etkisi olarak da ifade edilebilecek olan bu tür durumlarda, kamu gücü özel kişilerden kaynaklanan bir zararı telafi etmekte başarısız ise, bu hak ihlali başvuruya konu olabilir. İspanya'da bu tür hak ihlalleri bireylerin amparo başvurusuna konu olmakta, özellikle de yargı kararlarına karşı çok sık yapılmaktadır. Bu şekilde özel kişilerden kaynaklandığı halde, Anayasa Mahkemesince telafi edilen hak ihlalleri, özellikle özel hayatın gizliliği, ifade özgürlüğü, bilgi edinme hakkı ve çalışma hayatı gibi konularda yoğunlaşmaktadır.\textsuperscript{1222} Hemen belirtilmelidir ki hak ihlali bireysel nitelikte olmalıdır. Aksi durumda bireysel başvuru, ‘actiopopularis’ olarak bilinen halk davasına dönüşür.\textsuperscript{1223} Örneğin Macaristan’da, vatandaşlar belli bir kanuni düzenlemeyle herhangi bir bireysel hak ihlaline uğramalar ya da düzenlemeyeyle bireysel menfaat ilişkisi içinde olmasalar da bunun Anayasa’ya aykırı olduğu

\textsuperscript{1221} ŞAHBAZ, İbrahim, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Sorunlar”, içinde: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti/Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar), TBBY, Ankara 2011, s. 81.
\textsuperscript{1222} Baaoemende, 2009, s. 103-104; Aksi yönde görüş için bkz. Esen Arnwine, 2003, s. 251-252.
\textsuperscript{1223} Kılınç, 2008, s. 25.
iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne başvuru hakkına sahiptirler. Bu nitelikteki başvurular bir tür soytur norm denetimi ile sonuçlanmaktadır.\textsuperscript{1224}

geçirilmesi için bir takım adımlar atması gerektiği düşüncesi ortaya çıkmıştır. Nitekim AİHM de, Sözleşmede düzenlenmemeyen bir takım sosyal haklar konusunda kendisine yapılan başvuruları inceleyerek ihlal kararları vermektedir.1226 Bütün bunlar bir arada değerlendirildiğinde Türk Hukukunda yer verilen bireysel başvuru yolunun kapsam itibarıyla anayasal devletin gereklerini yerine getirmek bakımından eksik bir düzenleme olduğu görülmektedir.

SONUÇ

Devlet iktidarının sınırlanması düşünceşi çok eski çağlara kadar gitmekle birlikte anayasal devlette sınırlama, tek amaç olmaktan çıkarak temel hak ve özgürlükler hizmet eden, onları koruyup geliştiren bir güvenceye dönüştü. Anayasal devlette sınırlamanın genel amaç olmaktan çıktığını gösteren, temel hak ve özgürlükleri korur ve gelişti, onları koruyan ve temel hak ve özgürlükleri hizmet eden bir güvenceye dönüştü. Anayasada, sınırlamanın özgürlüklerin yararına olmasını sağlayacak temel ilke ve kurumların somut bir şekilde belirlenmesi, devletin, söz konusu bu amaçları sağlayacak nitelikli hukuk kuralları içeren, üstün bir bağlayıcı gücü sahip anayasaya ile çerçevelenmişdir.


Devlet iktidarının hukuksal bir çerçeve içinde olması aslında onun sınırlanması yanında kurumsal bir kimlik kazanması da sağlamıştır. Dolayısıyla anayasal devlet; kurumsal kimliği, içerisinde çağdaş ve evrensel değerlerin meydana getirdiği hukuk olan bir devlettir. Söz konusu bu kurumsal kimlik içinde üst kimliği anayasa, alt kimlikleri ise bu anayasaya uygun olarak ihdas edilmiş olan kanun ve diğer düzenleyici işlemler oluşturmaktaadır.

Anayasal devlet, devlet iktidarının, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla evrensel değerlere yer veren çağdaş bir hukukla sınırlandırıldığı ve çeşitli devlet organları arasında bölütedilmiş devlet olmakla birlikte insanlık ailesinin ulaşmış olduğu medeniyet ve gelişmişlik seviyesine uygun bir şekilde insan haklarının tanınması ve korunması da anayasal devletin dayanması gereken diğer
esaslardan biridir. Dolayısıyla anayasal devlet, hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı, insan hakları gibi üç temel unsur üzerinde yükselmektedir.


Tarihsel süreç içinde devlet iktidarını elde tutmak; mümkün olduğuna paylaşılır bir aygıtla ile devleti özgürlüklerin en büyük düşmanı olarak görüp onu ortadan kaldırma arayışlarından sonra devlet iktidarının sınırlandırılması ve böylelikle bireysel özgürlüklerinin korunmaya çalışılması, kısaça ‘anayasal’ olarak formüle edilen düşünce, genel bir kabul olarak ortaya çıkmıştır. Bu növüyle Anayasal devlet iktidarını ile özgürlükler arasındaki bir uzlaşma; anayasal devlette bu uzlaşmanın kurumsal hale gelmesidir. Devlet iktidarını ve bireysel özgürlükler bir arada var olacak ancak her ikisi de sınırlarını, içeriğini çağdaş ve evrensel hukukun oluşturduğu bir anayasanın çizdiği alanlar içinde yer alacaktır. Bunun içinde ilk olarak iktidarın özgürlükler lehine sınırlandırması şekillenmektedir. İşte bu esaslaraya dayanan anayasal özgürlük düşüncesi hayata geçirmek için başvurulan yöntemlerin ya da araçların başında da hukuk devleti ilkesi gelmektedir. Yine hukuk devleti, devletin hukuk ile bağlanması ve yönetimde keyfiliğin olmaması olarak da ifade edilir. Kısaca hukuk devleti; bireylerin hukuksal güvenlik içerisinde bulunduğu, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu, yargısal denetimin tam olarak gerektiği, evrensel hukuk ilkelinin özvetildiği bir sistemdi ifade etmektedir.

Devletin kendinden hareketle ve kendî içinden sınırlandırması esasına dayanan hukuk devleti düşüncesi; bireyin temel hak ve özgürlüklerine yönelik müdahalelere
yalnızca kanunlar temelinde veya en azından kanunların belirlemiş olduğu bir çerçevede izin verilmesi, devlet iktidarından kaynaklanan yetkiye dayanan faaliyetlerin öngörülür bir şekilde ve hesaplanabilir kılınması, devletin bütün eylem ve işlemlerinin bağımsız bir yargısal denetime tabi tutulması gibi temel ilkelerde somut bir görünüm kazanmaktadır. Bütün bunlar, devlet iktidarının sınırlanması için başvurulacak biçimSEL önlemler olarak hukuk devletinin asgari ve vazgeçilmez içeriğini oluşturmaktadır ve devlet iktidarının netleşen bir şekilde yönetilmesi açısından önemli bir aşama temsil etmektedir bu nedenle de aynı önemi bugün için de korumaya devam etmektedir.

Meşruluğu sağlamak bakımından, devlet faaliyetlerinin bir kanuna dayanmasını yeterli gören düşünce, biçimSEL hukuk devleti anlayışına vücut vermektedir. Başta anayasa ve yasalar olmak üzere mevcut hukuk kurallarına, devletin de dahil olduğu bütün hukuk süslerinin kayıtsız ve şartsız bir şekilde uyması meşruluğun dolayısıyla hukuk devletinin temelini teşkil etmektedir. Bir devletin hukuk devleti olarak nitelendirilebilmesi için anayasal devlet bakımından da çok önemli olan, özgürlük alanında yapılacak müdahalenin ancak ve ancak kanuna dayanması; kanunda öngörülen usul ve esaslara uygun olmasıdır.

Anayasal devletin temelini teşkil eden bireysel özgürlükler bakımından biçimSEL hukuk devleti anlayışının getirmiş olduğu en temel güvence kanunun belirleyici olduğunu bir çerçeve ortaya çıkan hukusalsal güvenceli ilkesidir. Söz konusu ilkenin gerçekten bireysel özgürlükler bakımından bir anlam ifade edebilmesi için başta devlet-birey ilişkilerini düzenleyen kanunlar olmak üzere hukuk sisteminin bir parçası olan kanunların, genel, anımları kesin ve açık, bireyler bakımından erişilebilir, istikrarlı ve imkânsız olmamaları gerektmektedir. Hukuk devletinin temelinde yer alan, yürütmeyin ve idarenin kanuna tabi olması gereği ancak yargılalı bir denetimin varlığıyla güvence altına alınp işlerlik kazanabilir. Devletin, sınırsız, hiçbir denetime tabi olmayan büyük bir güç olmaktan çıkarak hukukun belirlendiği sınırlar içinde faaliyetlerini sürdürülebilmesi; hukukun fiilen devlet organlarını bağlayıp keyfiyileri önlenebilmesi ancak yargılalı bir denetimin varlığıyla mümkünür.

devletin anayasasında söz konusu ölçü; güç yoğunlasının engellenerek bireysel özgürlüklerin korunup daha etkin hale getirilmesine imkân verecek ilke ve kurumların yer almasıdır.

Kuvvetler ayrılığı, sadece yasama ve yürütmenin aşırı yetkiler kazanarak bunu özgürlükler aleyhine kullanma ihtimaline karşı denetim-kelepçeleme amaçlı bir siyasal teori değil; aynı zamanda devletin bireylerle olan ilişkilerinde açıklık ve adalete dayanma ilkesidir. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin altında yatan bu adalet düşüncesi beraberinde, söz konusu ilkenin bugünkü anlamı olan yargı bağımsızlığını getirmektedir. Buankenin, geçmişten günümüze değişmeksizin gelen bu nedenle de önem ve değerini koruyan bu yönü, yargı organının bir güç bloğuna dönüşmüş olan diğer iki organ karışısındaki bağımsızlığını sağlayan ilke ve kurumları ortaya koyarak temel hak ve özgürlükler bakımından çok önemli bir güvence unsuru oluştururduktadır. Yargı bağımsızlığı, ancak bir makam olarak mahkemelerin bağımsızlığını yargıç teminati ile desteklenip kuvvetlendirilmesi ile ortaya çıktığı; temel hak ve özgürlüklerin korunmasına hizmet edip, anayasal devletin hayata geçirilmesini sağlayan olguydu. Mahkemelerin bağımsızlığını ile yargıç teminati birbirini destekleyen iki olgu olup biri diğerinin varlık nedenidir. Yargıç teminati; yargıçın kariyerine yargısal faaliyetlerde bulunarak devam edeceğine dair öngörüsünün korunması ve bunun verdiği güvenle hareket etmesidir. Maş artışı döndurulan, ülkenin her bölgesinde her an çatışma olasılığı bulunan bir yargıçın söz konusu güvenle hareket ederek yalnızca hukukun gereklerine doğrultusunda karar vermesi beklenilemez.

Anayasal devletin üzerinde yükselmüş olduğu temellerden birisi belki de en önemlisi insan haklarıdır. İnsan hakları pozitif hukukta bağımsız olarak gelişip değişen dinamik bir süreci ifade etmektedir. Hatta parlamentolar başta olmak üzere karar organlarının yavaş çalışması, bazı devletlerin bazı kısmi hakları tanımadan istekszî davranması gibi nedenlerle başka olmak üzere çeşitli nedenlerden dolayı pozitif hukuka yakalanmaya çalışılmaktadır. Devlet insan haklarını tanıyıp onun kendi hukukunun bir parçası haline getirmekle bir bakıma hak ve özgürlükler sahibi çıktığını, konuyla ilgili ilk muhatap olduğunu alan edip kendi kendisini bağlamış olmaktadır. Anayasalçıların en temel amacı olan kamusal nitelikteki yetkilerin kullanılmasına etkili sınırlar getirerek kontrolü sağlamak çabasında, insan
hakları; temel referans noktasını oluşturuyor. Devlet-birey ilişkisi aslında bir bakımın haklar dengesi olup anayasal devlet, devlet ve insan haklarını bireysel hakların öncülüğünde çağdaş bir hukuksal çerçeve içerisinde dengeleyebilmiş olan devlettir.

İnsan haklarının bütünlüğü, bölünmezliği ve birbirlerini tamamlayabileceği gereğince bireyin insan haklarından gereği gibi yararlanabilmeleri oldukça hassas ve çok boyutlu bir denge üzerinde varlık kazanabilmektedir. İnsan haklarının tümüyle güvence altında alınmış sayılabilmesi için; bireyin meşru ve kanunlarda düzenlenmiş bir takım istisnaların dışında tüm bu haklardan aynı anda ve tam bir şekilde yararlanması gerekmektedir. İnsan haklarının, devlete yönelik bir özgürlük talebi olduğu bu nedenle de devletin, bireylerin üretme ve üretimine herhangi bir katkı yapmadıkları mal ve hizmetleri onlara karşılıksız sağlaması gerektiğini birlikte dikkate alındığında anayasal devlette insan hakları anlayışı; onun başlangıçta varlık kazanmasına neden olan bireysel hakların belirleyiciliğinde, bireysel ve diğer hakların bir baskı ortamının doğmasına neden olmayacak şekilde dengede olduğu bir sistem üzerinde varlığını devam ettirmesi gerektiğini şeklinde olmalıdır.

dayalı olarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilmesi için, sınırlandırma amaciyla sınırlama aracı arasında ölçülu bir ilişkinin varlığı, anayasa bir devlet açısından olmazsa olmaz nitelikte bir şarttır. Anayasa hukukunda, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından gündeme gelen ilke, sınırlandırmayı uygulamak istenen amaç ile sınırlandırma hakası arasındaki ilişkide hukuksal ilişkinin haklı ve meşru olmasını sağlayan anayasal devletlerde temel kural olan özgürlüğün asıl, sınırlanması istisna olması düşüncesini hayata geçirilmiş olmaktadır.

Alman ve Türk Anayasalarında yer almakta olan temel hak ve özgürlüklerin özü kavramı, anayasal devletlerin insan hakları düzeninde önemli bir ölçü ve güvence fonksiyonunu yerine getirmektedir. Öz güvencesi, herhangi bir hak üzerindeki takdir hakkının sınırını çizerek aşılması mümkün olmayan eşiği belirlemekte bu sayede devlet iktidarının belli sınırlar içinde kalmasına hizmet ederek anayasal devletin hayataya geçmesine çok önemli bir katkı yapmaktadır. Ayrıca söz konusu ilk güvence fonksiyonunu sadece temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması hususunda değil, tüm kamusal işlemler bakımından yerine getirerek kamusal nitelikli takdir yetkisinin sınırlarını çizmektedir. Anayasal bir devletin varlığı her şeyden önce, temel hak ve özgürlüklerin ne ölçüde güvence altında olduğu ile ilgili bir husustur. Demokratik toplum düzeni gereklilikleri güvencesi, gerek uluslararası gerekse ulusal hukukta kabul edilmiş olan, temel hak ve özgürlüklerin sınırnanmasını sınırını oluşturararak, bunların daha üst düzeyde güvence altında alınmasını sağlayan çok önemli bir ilkedir. AİHM ve AYM’ne göre demokratik toplum düzeni standartları, taraf devletlerin mevcut ulusal hukuk düzenlerine göre değil, demokrasinin evrensel ilke ve uygulamalarına göre belirlenerek evrensel bir standarda ulaşılmalıdır.

Anayasal devlet anlayışında nasılsı olağan dönemlerde bir takım keyifliklerin ortaya çıktığı engelleniyoruna olağanüstü durumlar için de aynı yaklaşım söz konusu olmalıdır. Günümüzün hukuk devleti polis devletinden ayıran en temel özellik, koşullar önemli olmaksızın devletin tüm eylem ve işlemlerinin hız her türlü segúnin altında alınmasını sağlayan çok önemli bir ilkedir. AİHM ve AYM’ne göre demokratik toplum düzeni standartları, taraf devletlerin mevcut ulusal hukuk düzenlerine göre değil, demokrasinin evrensel ilke ve uygulamalarına göre belirlenerek evrensel bir standarda ulaşılmalıdır.

303
kazanmış olduğu yetkiler başta Anayasa olmak üzere kanunlarda düzenlenmiş olmalıdır. Olağanüstü hal rejimleri öyle bir hukusyal çerçeve içinde olmalıdır ki, ulusal sınırlar içinde yer alan toplulüğün gelecek ve güvenliği ile bu toplulüğün üyesi olan bireylerin özgürlükleri, adil bir denge içinde birlikte var olmalı, anayasalar bunun hukusyal şartlarını oluşturmalardır.

İnsan hakları, önce kurumsal düzeyde ortaya koşmuş bunu normatif nitelik kazanıp çeşitli hukusyal belgelerde düzenlenerek devlet tarafından kendi egemenliği altında bulunanlar bakımından ulusal düzeyde koruma takip etmiştir. İnsan haklarının uluslararası alanda korunmaya başlaması dinamik bir süreci ifade eden insan hakları hukuku alanında üçüncü aşamayı oluşturmaktadır. Anayasa yargısının ortaya çıkışıyla birlikte etkin bir karar kazanan hukuk devleti ve insan haklarının korunması konusunda var olan ‘Anayasaya Uygunluk’ ilkesine, ‘Uluslararası Hukuka Bağlılık’ ilkesi de eklenmiştir, böylelikle insan haklarının korunmasında önemli bir aşama kaydedilmiştir. Her ne kadar insan haklarını devletlerin inisiyatiftinden kurtarak onu ulusal-üstü bir koruma altında alıp bunlara ilişkin standartları belirlemek üzere bölgesel ve evrensel örgütler kurulmuşsa da insan haklarının asıl ve öncelikli olarak korunması, ulusal hukuk düzenlerinin görevidir. Anayasa devlet insan hakları doğrultusunda egemenliğindeki bir takım tavizler vermişse de bu istisnai bir durum olup; kural, onun egemenlik yetkilerini kullanarak insan haklarına uluslararası standartların da üzerinde bir koruma sağlamıştır. Anayasa devlet; ulusal ve uluslararası hukuk bütünselliğinde temel hak ve özgürlüklerin korunması, uluslararası standardlara yer vererek insan haklarının korunması konusunda yeni bir bakış açısı getiren kendine özgü kuruluşlardır.

İnsan haklarına yönelik ihlallerin giderek artan bir eğilimi göstermesi klasik kurum ve sistemlerin dışında, yeni ve bağımsız bir takım kurumların oluşturulmasını gündeme getirmiştir. Bu kurumlar, ulusal insan hakları kurumu, insan hakları ulusal kurumu, bağımsız idari kurullar gibi üst başlıklar altında toplanmaktadır. Bu çalışmada ulusal insan hakları kurumu (ÜİHK) terimi tercih edilmiştir. ÜİHK, resmi kuruluşlar ve sivil toplum örgütlerinin yanında, uluslararası insan hakları standartlarının ulusal hukuk sistemine dahil edilmesi sürecinde aktif olarak yer alan; insan haklarının korunmasında yeni bir bakış açısı getiren kendine özgü kuruluşlardır.

Son yıllarda gerek tüm dünyada gerekse ülkemizde hukuk ve siyaset gündeminin işgal eden bireysel başvuru yoluyla çeşitlenmesi bu kuruma yer veren ülkelerin hukuk sistemlerinde genel olarak olağan kanun yollarının tüketilmesi şartına bağlanmıştır. Bu ise kamusal yetki kullanılmak suretiyle özgürlükleri ihlal eden eylem ve işlemlerin yargısal başvuruya konu edilerek yargısal süreçin kesinleşmesini zorunlu kılmaktadır. Bu yüzden de değerlendirildiğiinde, her ne kadar bireysel başvuruda inceleme konusu yapılır temel hak ve özgürlükleri ihlal eden eylem ve işlemler ise de nihai olarak bu işlemlerin hukuka uygulunu konusunda son sözü söyleyen mahkeme kararları da anayasa yargısı tarafından denetlenmiş olmaktadır. Dolayısıyla anayasa yargısı, bireysel başvuru yoluyla sadece yasama organı denetleyen bir mekanizma olmaktan çıkararak yargı organının denetlenmesini
de gerçekleştirmekte böylelikle özgürlüklerin kamusal yetki kullanan her organ, kesim veya kişiye karşı korunmasını sağlayarak koruma kalkanının etki alanı genişletmekte; anayasal devletin temel hak ve özgürlükler düzeninde çok önemli fonksiyonları yerine getirmektedir. Ayrıca anayasa yargısına başvuruda geleneksel yol olan somut ve soyut norm denetiminin sadece kanunlar bakımından mümkün olduğu, anayasada belirtilen sınırda sayıda kişi ya da kurumun inisiyatifinde olduğu düşünüldüğünde söz konusu yolun önemi daha iyi anlaşılmaktadır. Şöyle ki, bireysel başvuruya hem kamusal yetkiye dayanan her türlü hak ihlalinin yargısal denetimi sağlanarak hem de olağan hukuk yolları tüketildikten sonra devreye girmesi için sadece ihlale uğrayan kişinin iradesinin varlığının yeterli olduğu bir yol olarak yargısal korumanın alanı hem konu hem de bundan yararlananlar bakımından genişleterek anayasa devletin inşasına büyük bir katkı yapmaktadır.
KAYNAKÇA


AGAMBEN Giorgio, Kutsal İnsan, Egemen İktidar ve Çıplak Hayat, Çev.: İsmail Türkmen, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2001


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


AKAL Cemal Bali, Varolma Direnci ve Özerklik Bir Hak Kuramı İçin Spinoza'yla, Dost Kitapevi Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2010


AKAL Cemal Bali, "Hukukun Kaynağı", GHD, Sy.139, 2015, s. 28-30.


AKILLIOĞLU Tekin, İnsan Hakları Kavram Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, İmaj Yayınevi, Ankara 2010


AKIN İlhan, Kamu Hukuku, İÜHYF, 2. Baskı, İstanbul 1979


AKTAŞ Sururi, "Positivist Hukuk Kavramı Üzerine Eleştirisel Bir Refleksiyon", AÜEHFD, C.IV, Sy.1-2, 2000, s. 257-274.

ALGAN Bülent, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007


ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, “Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu”, AYD, Sy.1, 1984, s. 101-137.


ALTIPARMAK Kerem, “Türkiye’de İnsan Haklarında Kurumsallaş(ama)ma”, İçinde: Burokrasi ve İnsan Hakları, TBBY, Ankara 2007, s. 54-111.


ARİSTOTELES Politiка, Çев.:Mete Tunçay, Remzi Kitapевi, İstanbul 1975


ARSLAN Süleyman, “İngilizde Ombudsman Müessesesi”, AİD, Sy.19/1, s. 157-172.


ARSLAN Zühtü, “Postmodern Söylem ve İnsan Hakları”, İçinde: Anayasa Teorisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008 (c), s. 95-111.


ATALAY Esra, “Yargısal Temel Haklar”, İçinde: Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu’na Armağan, DEÜHFY, İzmir 1997, s. 437-454.

AYDIN Fatih, İnsan Haklarını Korunması ve Geliştirilmesiyle Görevli Ulusal Kurumlar, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2010


AZARKAN Ezeli, “Uluslararası Ceza Mahkemelerinde Savaş Suçları”, HAD, Yıl:1, Sy.1, 2004, s. 53-76.


BALTA Tahsin Bekir, “Türkiye’de Anayasa Yargısı”, AÜHFD, C.18, Sy.1-4, 1961, s. 547-565.


BAYSAL Mustafa, “Bəlğərəstan'ın dəxərənlik və Türkiyə'dəki Durrəm Üzərində Bazı Düşüncələr”, AÜEHFD, C.XI, Sy.3-4, 2007, s. 105-130.


BELGE Murat, “AB və Globalleşme Sürecinde Egemenliğin Dönüşümü və Ulusal Egemenliğin Dönüşümü”, AYD, Sy.20, 2003, s. 37-44.


BIÇAK Vahit, “Uluslararası İnsan Hakları Normlarının Yorum Organı Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Kararlarının Türk Hukukunun Gelişimine Katkısı”, AYD, Sy.17, 2000, s. 87-114.


BULUT Nihat, Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, XII Levha Yayınları, İstanbul 2009


CANIKLIOĞLU Meltem, “Çağdaş Demokrasi ve Çağdaş Devlet Üzerine Düşünceler”, İçinde: Prof. Dr. Seyfullah EDİS’e Armağan, DEÜHFY, İzmir 2000, s. 93-116.


CANIKLIOĞLU DİKMEN Meltem, Anayasa Devlette Meşruiyet, Yetkin Yayınları, Ankara 2010


ÇAM Esat, Siyaset Bilimine Giriş, İstanbul Üniversitesi Yayıını, İstanbul 1977

ÇELİK Cemil, Olağanüstü Hal ve Temel Hak ve Hürriyetler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010


ÇEÇEN Anıl, “Ulusal İnsan Hakları Kurumları ve Türkiye”, İçinde: Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları, Der.: Selda Çağlar, Beta Yayınları, İstanbul 2010, s. 447-508.

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

COŞKUN Vahap, “İnsan Hakları Kapsamı Üzerine Tartışmalar ve Liberal Perspektif”, İçinde: Prof. Dr. Ergun ÖNEN’e Armağan, MÜHFY, İstanbul 2003, s. 577-628.

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

ÇOLAKER Mustafa, Temel Hak ve Özgürlüklerle İlişkin Uluslararası Andlaşmaların İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, Adalet Yayınevi, Ankara 2010


DERDİMAN R. Cengiz, Anayasa Hukukun Genel Esasları ve Türk Anayasa Düzeni, Alfa Yayınları, 2006


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


DONNELLY Jack, Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, Çev.: Mustafa Erdoğan/Levent Korkut, Yetkin Yayınları, Ankara 1995


DOUZİNAS Costas, "İnsan Hakları ve Postmodern Ütopya", Çev.: Kasım Akbaş, İçinde: Hukuk, Adalet ve İnsan Hakları, NotaBene Yayınları, Ed: Rabia Sağlam/Kasım Akbaş, Ankara 2015 (b) s. 73-100
DÖNER Ayhan, İnsan Haklarının Uluslararası Sistemde Korunması ve Avrupa Sistemi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003


DURSUN Hasan, “Erkler Ayrılığı ve Yargıç Bağımsızlığı”, TBBD, Sy.80, 2009, s. 29-104.

DURSUN Hasan, “Türkiye’de Ombudsmanlığın(Kamusaylığın) Etkin Olarak İşleyebilme Yetkisi Yoktur”, TBBD, Sy.95, 2011, s. 377-418.

DUVERGER Maurice, Batı’nın İki Yüzü, Çev: Cem Eroğlu/Fazıl Sağlam, Doğan Yayınevi, Ankara 1977


ERDEM Fazıl Hüsnü, “Amerikan Siyasal Sisteminin Temel Özellikleri”, İçinde: Prof.Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan, İstanbul 1997, s. 149-173.


ERDOĞAN Mustafa, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, Orion Yayınları, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2011

ERDOĞAN Mustafa, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi Yayınları, 7.Baskı, Ankara 2005 (a)

ERDOĞAN Mustafa, Anayasa Hukuku, Orion Kitapevi Yayınları, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 2005(b)


ERDOĞAN Mustafa, “Türkiye’nin Anayasa Sorunu”, İçinde:Anayasa ve Özgürlük, Der.: Mustafa Erdoğan, Yetkin Yayımları, Ankara 2002 (b), s. 29-40.


ERDOĞAN Mustafa, “Egemenliğin Dünü Bugünü”, HAD, Yıl:2, Sy.6-7, 2005 (d), s. 217-224.


EROĞUL Cem, “Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına ve Anayasa Yargısına Etkileri”, AYD, Sy.20, s. 196-213.

EREN Abdurrahman, Özgürlüklerin Sınırlandırmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklileri, Beta Yayınları, İstanbul 2004

EREN Abdurrahman, Türkiye’de İnsan Haklarının Korunması Uluslararası Koruma Mekanizmaları ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü, Turhan Kitapevi, Ankara 2007


ERGÜL Ozan, Yeni Kuramsal Yaklaşımıyla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi, Yayınlanmış Doktora Tezi, Adalet Yayınevi, Ankara 2007 (a)
ERGÜL Ozan, “Aynı Olaya İlişkin Meclis Araştırması İle Adli Soruşturmanın Bağdaşmallığı Üzerine”, TBBD, Sy.69, 2007 (b), s. 125-150.


EROL Mesut, “Kanada’da Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakim Temini”, TBBD, Sy.86, 2009, s. 313-338.

ESEN Bülent Nuri, Anayasa Hukuku Genel Esaslar, Ankara 1970

ESEN Bülent Nuri, Anayasanın Anayasa Mahkemesince Yorumlanması, AÜHFY, Ankara 1972


FRANÇOİS Flaus Jean, “Devletlerin Egemenliği ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi(AİHS)”, GÜHFD, C.1,Sy.1, 1997, s. 135-164.


FROWEIN, A Jochen, “İnsan Haklarının Çağdaş Yorumu” AYD, Sy.9, 1992, s. 111-115.

GALTUNG Johan, Bir Başka Açıdan İnsan Hakları, Çev.: Müge Sözen, Metis Yayınları, İstanbul 1999

GEMALMAZ Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Beta Yayınevi, Genişletilmiş ve Güncellenmiştir, İstanbul 2003

GİRİTLİ İsmet/ SARMAŞIK Jale, Anayasa Hukuku Genel Esaslar-Türk Anayasası Hukuku, İstanbul 2001

GÖÇER Mahmut, Uluslararası Hukuk ve İnsan Haklarının Uluslararası Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002


GÖKPINAR Mahmut, Adil Yargılanma Hakkının Asgari Gereklidir, Karşımda Türk Kamu Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2008


GÖNENÇ Levent, “Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyeti”, AÜHFD, C.50, Sy.1, 2001, s. 131-152.


GÖREN Zafer, Bireysel Başvuru-Türk Anayasa Yargısında, Yetkin Yayınları, Ankara 2013

GÖREN Zafer, Anayasa Hukukuna Giriş, DÜHY, İzmir 1997 (a)

GÖREN Zafer, Anayasa ve Sorumluluk, DEÜHY, Ankara 1992

GÖREN Zafer, Temel Hak Genel Teorisi, DEÜHY, 4. Baskı, İzmir 2000 (a)

GÖREN Zafer, Anayasa Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006


GÖREN Zafer, “Sosyal Devlet”, İçinde: Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayımı, İzmir 2000 (b), s. 1-50.


GÖZZE Ayferi, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, Beta Yayınevi, Yenilenmiş ve Düzeltilmiş 11. Baskı, İstanbul 2007


GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, Ekin Yayınevi, Güncellenmiş ve Düzeltilmiş 2. Baskı, C.I., Ekin Yayınevi, Bursa 2009 (I)
GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, Ekin Yayınevi, Güncelleştirilmiş ve Düzeltilmiş 2. Baskı, C. II, Ekin Yayınevi, Bursa 2009 (II)

GÖZLER Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. II, Ekin Yayınevi, Bursa 2011 (C. II)

GÖZLER Kemal, “Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu”, AÜSBFD, Sy.61/3, 2006, s. 131-166.


GÖZLER Kemal, Anayasa Hukukunun Metodolojisi, Ekin Kitapevi Yayınları, 2. Baskı, Bursa 1999


GÖZLÜGÖL Said Vakkas, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve İç Hukukumuza Etkisi, 2. Baskı, Ankara 2002


GÜL Cengiz, İktidarın Sınırlanması ve Hukuk Devleti, Adalet YAYNEVI, Ankara 2010


GÜLMER Mesut, Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması, TBBY, Ankara 2004

GÜLSOY Mehmet Tevfik, Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruolduğu, Yetkin Yayınları, Ankara 2007


GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, İmaj YAYNEVI, Yenilenmiş 5. Baskı, Ankara 2002

GÜRAN Sait, “Anayasa’nın Kuvvetle Ayırılığı İlkesine ve Yönetim Yargı İlişkilerine Bakış Açısında Değişiklik”, AYD, Sy.11, 1994, s. 191-200.


HAKYEMEZ Yusuf Şevki, Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009


HAKYEMEZ Yusuf Şevki, “Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınıf Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları(Ozgürlükler)”, AÜSBFD, Sy.52/2, 2002, s. 17-40.


HOBBES Thomas, Leviathan, Çev.: Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları, 6. Baskı, İstanbul 2007


HOMSON Davıd, Siyasi Düşünce Tarihi, Metropol Yayınları, İstanbul 2006


IŞIKTAÇ Yasemin, Hukuk Normunun Mantıksal Analiz Ve Uygulaması, Filiz Kitabevi, 2. Baskı, İstanbul 2004

İNCEOĞLU Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu Ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak Ve İlkeler, Beta Yayınları, İkinci Baskı, İstanbul 2005 (a)


İNCEOĞLU Sibel, “Türkiye: AB’nin Yetkileri Karşılarında Nasıl Bir Egemenlik Anlayışı”, AYD, Sy.22, 2005(c), s. 231-251.


KABOĞLU Ö. İbrahim, Kolektif Özgürlükler, DÜHY, Diyarbakır 1989

KABOĞLU Ö. İbrahim, Anayasa Yargısı, İmge Kitabevi, 1. Baskı, Ankara 1994

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


KALABALIK Halil, İnsan Hakları Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009


KANADOĞLU O. Korkut, Anayasa Mahkemesi, Beta Yayınevi, İstanbul 2004


KAYA Cemil, İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005


KESER Hayri, Türk Anayasa Yargısında Hukuk Devleti İlkesi, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2005


KIRATLI Metin, Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi, AÜSBFY, Ankara 1966

KIRMAZ Birol, Avrupa Birliği Sürecinde Hakimlerin Denetimi ve Yargı Bağımsızlığı, Adalet Yayını, Ankara 2009


KOÇAK Mustafa, Devlet ve Egemenlik, Seçkin Yayımı, Ankara 2006


KUNTER Nurullah/YENİSEY Feridun/NUHOĞLU Ayşe, Muhakeme Hukuku Dah Olarak Ceza Muhakemesi, Beta Yayını, 18. Baskı, İstanbul 2010

KUTLU Mustafa, Kuvvetler Ayrılığı, Seçkin Yayını, Ankara 2001


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


MAHRENHOLZ Erast, “Günümüzde Anayasa Yorumu ile İlgili Sorunlar”, AYD, Sy.9, 1993, s. 193-199.


MELLINGHOF Ruduolf, “Federal Almanya Cumhuriyeti’nde Anayasa Şikâyeti”, AYD, Sy.26, 2009, s. 31-44.


METİN Yüksel, Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002

METİN Yüksel, Anayasaların Yorumlanması, Ası Yayıncılık, Ankara 2008 (a)


ODER Emrah Bertil, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri Hukuksal Bilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma, Beta Yayınevi, İstanbul 2010


OĞURLU Yücel, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İkisesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002
OĞURLU Yücel, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003

OĞURLU Yücel, “AİHM Kararlarında ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak ‘Ölçülülük İkesi’”, İçinde: Prof.Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, 2001, s. 485-522.

OKANDAN G Recai, Umumi Amme Hukuku, İÜHFY, İstanbul 1968


ÖKÇESİ Hayrettin, Sivil İtaatsizlik, Afa Yayıncılık, İstanbul 1994


ÖZCAN Mehmet Tevfik, Modern Toplum ve Hukuk devleti, XII Levha Yayınları, İstanbul 2008


ÖZCAN Tefik Mehmet, “Yasama Faaliyentinin Sonu Olarak Hukuk Devleti”, İçinde: Prof.Dr. Tunçer Karamustafaoğlu’na Armağan, Adalet Yayınevi, Ankara 2010 (b), s. 529-566.

ÖZAY İl Han, “Anayasa Mahkemeleri(ya da Yargısının) Meşruiyeti”, AYD, Sy.9, 1993, s. 67-74.


ÖZENÇ Berke, Hukuk Devleti Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi, İletişim Yayınevi, İstanbul 2014


ÖZKOL Adil, "Çağdaş Parlамenter Demokrasilerde Kuvvetli İçra Eğilimi", AÜHFD, C.XXVI, Sy.1-2, 1969, s. 43-76.


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


SAĞLAM Fazıl, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, AÜSBFY, Ankara 1982


SANCAR Mithat, “Hukuk Devleti: Kavramsal Bir Çerçeve”, İçinde: Devlet Aklı Kısıkacında Hukuk Devleti, Der.: Mithat Sancar, İletişim Yayınları, İstanbul 2000 (c) s. 29-46.


SAYGILI Abdurrahman, Kutsallık ile Rasyonellik Sarkacında DEVLET, İmaj Yayınevi, Ankara 2014


SIR Onur, Hukuk Devleti Açısdan Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi, Yayınlanmış Doktora Tezi, Adalet Yayınevi, Ankara 2011


SCHMİTT Carl, Siyasi İlahiyat, Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm, Çev.: A. Emre Zeybekoğlu, Dost Kitapevi, Ankara 2010


SEZGİNER Murat, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kurami, Yetkin Yayınları, Ankara 2000


SOYSAL Mümtaz, 100 Soruda Anayasa’nın Anlamı, Gerçek Yayınevi, 10. Baskı, İstanbul 1993


ŞAHBAZ İbrahim, “AIHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, AYD, Sy.25, 2008, s. 229-289.


TARHANLI Turgut, “Kuvvet Kullanma, Meşruiyet ve Hukuk”, AYD, Sy.23, 2003, s. 133-156.
TANRIKULU M. Sezgin, “İHAM Kararlarında ve Türk Hukukunda Yaşam Hakları”, TBBD, Sy.66, 2006, s. 51-94.

TANÖR Bülent/YÜZBAŞIOĞLI Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yaynevi, İstanbul 2009

TANÖR Bülent, Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, Genişletilmiş 3. Baskı, BDS Yayınları, İstanbul 1994


TANÖR Bülent, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi”, İçinde: İnsan Hakları, YKY, İstanbul 2000, s. 47-57.


TEZİÇ Erdoğan, Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İÜHFY, İstanbul 1972


TUNAYA Zafer, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayıını, 4. Baskı, İstanbul 1980
TUNÇ Hasan, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı (Denetimin Kapsamı ve Organları), Yetkin Yayınevi, Ankara 1997


TURHAN Mehmet, Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası, DÜHFY, Diyarbakır 1989

TURHAN Mehmet, Anayasal Devlet, Naturel Yayınları, 4.Baskı, Ankara 2005

TURHAN Mehmet, “Anayasanız ve Demokratik Toplum Dizisi Gereklileri”, AİD, C.27, Sy.3, 1994, s. 3-32.


UYAR Lema, Birleşmiş Milletler’de İnsan Hakları Yorumları, İBÜY, İstanbul 2006

UYGUN Oktay, 1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, Yayınlanmış Doktora Tezi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1992


UYGUN Oktay, “İnsan Hakları Kuramı”, İçinde: Kamu Hukuku İncelemeleri, Der.: Oktay Uygun, XII Levha Yayınları, İstanbul 2011(b), s. 3-44.


ÜNAL Şeref, Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 1997

ÜNAL Şeref, “Anayasa Hukuku ve Milliiterarası Sözleşmeler Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanması”, AYD, Sy.11, 1994, s. 39-60.


338


YAVUZ K. Haluk, Siyasal Sistem Arayışları ve Yürütmenin Güçlendirilmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010

YOKUŞ Sevtap, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve 1982 Anayasası’nda Hak Ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı, Seçkin Yaynevi, Ankara 2002

YOKUŞ Sevtap, Türkiye’de Yürütme Erkinde Değişen Dengeler, Yetkin Yaynevi, Ankara 2010


YANIK Murat, Parti İçi Demokrasi, Beta Yayınları, İstanbul 2002


YAYLA Yıldızhan, “Anayasa Mahkemesi’ne Göre Cumhuriyetin Özü”, İçinde: Prof.Dr. Hıfzi Tümur’un Anısına Armağan, İÜHFY, İstanbul 1979, s. 974-1040.


YAZICI Serap, “Yeni Bir Anayasının Yapımı Sürecinde Türkiye: Yasakçılıktan Özgürlükçülüğe, Otoritarizmden Demokrasiye, Vesayetçilikten
Demokratik Temsile”, İçinde: Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, C.II, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 739-810.


ZABUNOĞLU Yahya Kazım, Devlet Kudretinin Sınırlanması, Yayınlanmış Doktora Tezi, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1963

VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Avrupa İnsan Hakları Divanı Raporu, Ankara 1990
INTERNET KAYNAKLARI

http://www.abgm.adalet.gov.tr/ekutuphane/venedik%20komisyonu
http://www.aihmiz.org.tr/?q=tr/content/interlaken-bildirgesi.
http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi
http://www.aihm.anadolu.edu.tr/
http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages
http://www.kararara.com/aihm/turkce/aihm
http://www.milliyet.com.tr
http://www.parliament.bg/en/const
ÖZET

Gökpınar, Mahmut, Anayasal Devlette Temel Hak Ve Özgürlükler Düzeni, 
Doktora Tezi, Danışman: Doç.Dr. Bülent Algan, 342 s.


Çalışmanın ilk bölümünde anayasal devletin temel kavramları ile hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı ve insan hakları gibi temel kurumlarına, ikinci bölümde ise her devletin insan haklarına ilişkin olarak üstlenmiş olduğu fonksiyonlar olan tanma, koruma ve gereğini yerine getirme fonksiyonlarının ile anayasa yargısının anayasal devletteki görünümüne yer verilmiştir.

SUMMARY


While state power dates back to ancient times with the limitation that is not in line with fundamental rights and freedoms and ensuring the constitutional guarantees in the world of thought began to take place with the Enlightenment. State, which is the guarantor of fundamental rights and freedoms at the same time is the most powerful of these potential violator. Removed ahead of the state’s title to be restrained guarantor powers and the state of infringing potential should be limited. It also needs to be taken under the provisions of a written constitution that has the highest quality standards. Moreover, the purpose of this restriction fundamental rights and freedoms, protection and development should be implemented. Constitutional state, has
emerged to be an alternative to an arbitrary power in terms of fundamental rights and freedoms.

Constitutional state's basic concepts of rule of law in the first part of the study, the separation of powers and the fundamental institutions such as human rights, in the second section each state's recognition of the functions it has assumed with regard to human rights protection and the functions fulfill the requirements are included in the view of the constitutional state of the constitutional judiciary.