

5982 SAYILI ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ KANUNU'NUN 1982 ANAYASASI'NIN “HUKUK DEVLETİ” ANLAYIŞINA ETKİSİ

THE AFFECTION OF LAW NO. 5982 CONSTITUTIONAL AMENDMENT ON THE CONCEPT OF “RULE OF LAW” OF 1982 CONSTITUTION

Bülent YÜCEL*

Özet: Siyasî iktidarın sınırlandırılmasına dayanan hukuk devletinin, biçimsel ve maddî olmak üzere iki boyutu bulunmaktadır. 1982 Anayasası biçimsel hukuk devletinin temel koşullarını öngörse de hukuk devleti anlayışı ile bağdaşmayan eksikliklere sahiptir. Yapılan anayasa değişiklikleri bu sıkıntıyı belli ölçüde giderilebilmiştir. Ancak 5982 Sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu da bu eksiklikleri bütünüyle ortadan kaldıramamıştır.

Anahtar kelimeler: Hukuk devleti, yargı bağımsızlığı, hâkimlik teminatı, yürütme işlemleri, anayasa değişiklikleri

Abstract: The rule of law has procedural and substantive dimensions. The procedural dimension takes place in the 1982 Constitution which has serious deficiencies. Even though these deficiencies has partly removed by Law no. 5982, it cannot be claimed that the deficiencies have been completely overcome by the amendment.

Key words: The rule of law, independence of judicial, tenure of judges, executive acts, constitutional amendments

HUKUK DEVLETİNİN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

Günümüz dünyasında demokrasi, yaygınlaşan ve giderek tercih edilen bir siyasî sistem hâline gelmiştir. Bu eğilimin sonucu olarak, ortaya çıkmaya başlayan demokratik siyasî yapılanmaların kökleşmesinde ve gereği gibi işleminde ön plana çıkan olgulardan birini de “*hukuk devleti*” oluşturmaktadır.

* Dr., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku ABD öğretim üyesi

Siyasî iktidarın hukuk kurallarıyla bağlanarak sınırlandırılmasını ifade eden hukuk devleti kavramı, özgürlüklerin iktidarın müdahalesinden korunması esasına dayanmaktadır.¹ Birbiriyle ilintili üç aşamanın sonucunda vücut bulan hukuk devleti düşüncesinin ilk ayağını, hukukun kodifiye edilmesi oluşturmuştur. Zaman içinde polis devleti anlayışının karşıtı olarak hak ve özgürlükleri güvenceye alan kanunların meydana getirdiği kanun devleti noktasına gelmişse de bir süre sonra bunun yetersizliği, uygulamada kendisini göstermiştir. Kanun devletinden bugünkü anlamıyla hukuk devletine geçişte başta anayasal devlet kurgusunun oluşturulması ve onu izleyen süreçte de hukuk yapımında halkı sadece muhatap olmaktan çıkarıp, aynı zamanda kural koyucu bir konuma taşıyan siyasal katılım haklarının kurumsallaştırılarak güvence altına alınması noktasına gelmiştir.² Devletin sınırlılığına dayanan hukuk devleti anlayışı, bir anlamda anayasal devletle özdeş bir anlama bürünmektedir. Öyle ki; anayasallık, devlete hukuk kurallarına uyma yükümlülüğünü getirmekte ve devletin başta anayasa olmak üzere hukuk kurallarıyla yönetileceği zorunluluğunu öngörmektedir. Böylece, devletin keyfî işlemlerinin önüne geçilmek suretiyle bireyler açısından bir hukukî güvence oluşturulması amaçlanmıştır. Bu çerçevede, "genellik", "öngörülebilirlik" ve "adalet" hukuk devletinin temel ilkelerini oluşturmaktadır.³

Temelinde devlet işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluğu ve yargısal denetime bağlı olması yatan hukuk devletinin öncelikle biçimsel boyutu geliştirilmiştir. Buna göre; devletin biçimsel anlamda hukukla bağlılığının sağlanması yönünde beş unsurun kabulü gerekliliği ortaya çıkmıştır. Bu unsurları, devlet örgütlenmesinin erkler ayrılığı esasına dayanması, mahkemelerin bağımsızlığının sağlanması, idarenin kanuna bağlılığı, idarenin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık olması ve devletin her türlü işlem ve eyleminden kaynaklanan zararın idare tarafından karşılanması olarak sıralamak mümkündür.⁴

¹ Mithat Sancar, "Hukuk Devleti: Kavramsal Bir Çerçeve", *Devlet Akli Kıskaçında Hukuk Devleti*, İletişim Yayınları. 3. baskı, İstanbul 2004, s. 34.

² Mithat Sancar, "Hukuk Devleti: Cumhuriyetin Temel Niteliklerinden Biri (Mi?)", *Devlet Akli Kıskaçında Hukuk Devleti*, İletişim Yayınları. 3. baskı, İstanbul 2004, s. 77.,79 - 81.

³ Zühtü Arslan, "Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı", *Doğu Batı*, Ankara 2000 - 01, S. 13, s. 66, 77.

⁴ Hayrettin Ökçesiz, "Hukuk Devleti Olgusu", *Hukuk Devleti*, Hazırlayan: Hayrettin

Nazi Almanyası uygulamaları ve sonrasında yaşanan II. Dünya Savaşı deneyimi, biçimsel hukuk devletinin yetersizliğini ortaya koymuş ve 1949 Bonn Anayasası maddî hukuk devleti anlayışının somut örneklerinden biri olarak hazırlanmıştır. Alman anayasa düzeni özelinde temel haklar vurgusu yapılarak, bu haklar demetinin yasama, yürütme ve yargı erklerini bağladığı kabul edilmiştir. Böylece, maddî hukuk devleti demokratik sistemle yargıçlar devletinin bir sentezi olarak biçimlendirilmiştir. Bu çerçevede temel hakların siyasi iktidara karşı korunması için anayasa mahkemelerinin kurulması öngörülmüştür.⁵

Hukuk devletinin biçimsel koşullarının yanında, ona asıl anlam kazandıranın maddî hakkaniyetin gerçekleştirilmesi olduğunu savunan Huber'e göre; gerçek bir hukuk devleti, kuruluşunda ve işleyişinde insanın insan olmaktan kaynaklanan yüksek değerini ifade eden "kişiliği" zedelememelidir. Huber'in altını çizdiği ve anayasanın insanlık onuru olarak tanımladığı bu yüksek değerın sağlanması ve korunması noktasında maddî hukuk devleti, bireylerin "yaşam", "mülkiyet" ve "özgürlük" haklarını güvence altına almalıdır.⁶ Hatemi'nin ise âdil devlet olarak nitelendirdiği maddî hukuk devletinin esas amacı, adaleti gerçekleştirmektir. Aksi hâlde, herkese hakkını teslim edemeyen bir devlet, kanun devleti olmaktan öteye geçemeyecektir. Hatemi, biçimsel hukuk devleti için söz konusu olan koşulların gerekli olmakla birlikte yeterli olmadığını belirterek, bu koşulların araç olarak asıl amaca ulaşmakta kullanıldığını; araçların amacın önüne geçmesi durumunda, maddî hukuk devletine ulaşamayacağını vurgulamaktadır.⁷

Ökçesiz, Afa Yayınları, İstanbul 1998, s. 45. Gözler, hukuk devletinin biçimsel yapılanmasını "genel ve özel gerekler" olarak farklı bir şema ile açıklamaktadır. Buna göre, devletin hukuka bağlılığını ifade eden genel gerekler icabınca, yasama, yürütme ve yargı organlarının hukukla bağlılığı gerekmektedir. İdarenin hukukla bağlılığını anlatan özel gereklerin yaşama geçebilmesi için beş koşulun varlığı gerekmektedir. Buna göre: 1) İdare yargısal denetime bağlı olmalı, 2) Hâkimler bağımsız ve güvenceli bir konumda bulunmalı, 3) İdarî faaliyetlerin önceden bilinebilirliği sağlanmalı, 4) Hukukî güvenlik ilkesi kabul edilmeli ve 5) İdarenin malî sorumluluğu var olmalıdır (Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Basım Yayım Dağıtım, 7. baskı, Bursa 2009, s. 93.).

⁵ Bakır Çağlar, *Anayasa Bilimi, Bir Çalışma Taslağı*, BFS Yayınları, İstanbul 1989, s. 170 - 171.

⁶ Ernst Rudolf Huber, "Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet", Çeviren: Tuğrul Ansay. *Hukuk Devleti*, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, Afa Yayınları, İstanbul 1998, s. 61 - 62.

⁷ Hüseyin Hatemi, *Hukuk Devleti Öğretisi*, İşaret Yayınları, İstanbul 1989, s. 42 - 45.

Birey açısından, devletin ölçülemeyecek ya da kestirilemeyecek iktidarına / gücüne karşı bir güvence olarak düşünülen hukuk devleti olgusu, özünde devleti belli hukukî sınırlılıklar içine alan ve bunun sağladığı belirlilik sayesinde bireyi koruyan / korumaya çalışan bir yönetim tarzını ifade etmektedir. Bu kollama kaygısı beraberinde uyulması ya da oluşturulması zorunlu birtakım kuralların ve usûllerin kabulünü gerektirmiştir. Biçimsel hukuk devletini meydana getiren bu esasları, zaman içinde, "hakkaniyet" ve "adalet" olgularının da gözetildiği bir devlet anlayışına kayılmasını gerektiren maddî hukuk devleti kurgusu tamamlamıştır.

1961 Anayasası'yla Türk hukuk sistemine dâhil olan Anayasa Mahkemesi de siyasî iktidara karşı bireyin hak ve özgürlüklerini koruyan maddî hukuk devletinin doğal uzantısı biçiminde kurulmuştur. Bu çerçevede çeşitli kararlarıyla cumhuriyetin bir niteliği olarak öngörülen hukuk devletinin bir tanımını ve kavramsal belirliliğini yapmaya çalışmıştır.

Anayasa Mahkemesi ilk kez 1963 yılında, CHP'nin, Haksız İktisapların İadesi Hakkındaki 14.12.1953 Tarih ve 6195 Sayılı Kanunun anayasaya aykırılığını ileri sürdüğü ve iptalini istediği davada, karar gerekçesinde hukuk devletini, insan haklarına saygı göstererek onu korumaya çalışan; böylece süreklilik arz eden âdil bir hukuk düzeni oluşturmaya kendini zorunlu sayan ve bütün faaliyetlerinde başta hukuk olmak üzere anayasaya bağlı kalan devlet olarak tanımlanmıştır. Kararda, yasama da dâhil olmak üzere devletin bütün organlarının üzerinde hukukun mutlak bir egemenliğinin olması gerekliliği vurgulanarak, kanun koyucunun yasama faaliyetlerinde anayasaya ve hukukun ilkelerine bağlı olması zorunluluğu belirtilmiştir. Özellikle belli bir dönem için sahip olunan sayısal çoğunluğa dayanılarak, hukukun ana ilkelerini zedeleyecek biçimde kanun çıkarılmasının hukuk devleti anlayışı ile bağdaşmayacağı ifade edilmiştir.⁸ Anayasa Mahkemesi

⁸ Hukuk devletinin tanımına ilişkin benzer Anayasa Mahkemesi kararları için yazarın aynı çalışmasına bakılmalıdır (Adnan Küçük, "Hukuk Devleti Kavramı ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti", *Hukuk Devleti, Hukukî Bir İlke, Siyasî Bir İdeal*, Editörler: Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan ve Adnan Küçük, Liberte Yayınları, Ankara 2008, s. 369 - 370). 6195 Sayılı Kanunun yürürlük tarihinden on sene sonra 1963 yılında iptal davasına konu olabilmesine 1961 Anayasası'nın Geçici 9. maddesi imkân vermiştir. Geçici madde gereğince;
c) Eski kanunların Anayasaya aykırılığı iddiası

bu kararda oluşturduğu tanımla biçimsel olduğu kadar maddî hukuk devletine ilişkin öğelere bir arada yer vermiştir.

Erkler ayrılığı esasına dayanan devlet örgütlenmesinin bir hukuk devletine dönüşümünde varlığı zorunlu/gerekli olan biçimsel hukuk devleti koşullarının aynı zamanda maddî hukuk devleti anlayışına ulaşabilmesi, yargı organının anayasal konumuna ve içinde bulunduğu durumla sıkı sıkıya ilgilidir. Öyle ki, özü devlet iktidarının hukuka uygunluğuna ve bu yolla keyfiliğinin önlemesine dayanan hukuk devleti, bireyler için hukukî belirginliği sağlarken; onların özgürlüklerini de anayasal güvence altına almak durumundadır. Ancak bunun kâğıt üzerinde birer “temenni” ya da sadece birer “ifade” olmaktan çıkarılması ancak bağımsızlığı⁹, önemli hukukî teminatlarla sağlanmış yargı organının / hâkimlerin varlığına bağlıdır.

1982 ANAYASASI’NIN İLK HÂLİYLE ÖNGÖRÜLEN HUKUK DEVLETİ ŞEMASI ya da KABULÜ

1982 Anayasa yapıcılarının temel hedefi bozulan devlet otoritesini yeniden kurmak ve bunun devamlılığını sağlamak üzere gerekli önlemleri anayasal sisteme yerleştirmek olmuştur. Bu yüzden 1982 Anayasası’nın hukuk devletine bakışı, özgürlükler karşısında otoriteyi

“...

Anayasa Mahkemesinin görevine başladığı tarihte yürürlükte olan herhangi bir kanun hakkında, bu Anayasaya aykırılığı iddiasıyla iptâl davası açılabilir. Bu halde iptâl davası açma hakkı, Anayasa Mahkemesinin görevine başladığının Resmî Gazeteyle yayınlandığı tarihten itibaren altı ay sonra düşer.

⁹ Bağımsızlığın, sadece devlet organlarından ve dış ortamdan etkilenmemenin ötesinde daha geniş kapsamlı bir kavram olduğu açıktır. Bu kapsam içinde hâkimin “nesnellığı” ve “özerkliği” olgularının da önemli bir yeri vardır. Nesnellığın bir yönünü bireylerin kanun önünde eşitliğini öngören yansızlık; diğer yönünü ise hukuk kuralının herkese eşit uygulanmasını gerektiren kişisellikten arınma ilkesi oluşturmaktadır. Bu çerçevede her insan gibi çeşitli düşüncelere ve inanışlara sahip olan hâkimin yargılama yetkisini, her türlü etkiden uzaklaşarak ve herkes için geçerli kabul edilen bir mantıkla oluşturduğu nesnel iradesiyle kullanabilmesi gereklidir. Somut bir olayın çözüme kavuşturulmasında başkaların ve kendisine karşı yabancı kalması bu nesnellığın bir gereğidir. Ayrıca hâkimin önüne gelmiş olduğu bir uyumsuzluğu çözüme kavuşturması noktasında düşünsel ve kendine karşı bağımsızlığını sağlaması, yargılamanın sıhhati için çok yaşamsaldır. Başlı başına psikolojik bir süreci ifade eden özerklik olgusu, hâkimin kendi içinde barışık olmasını, düşün dünyasında özerk bir alan yaratmak suretiyle kararlarını içgüdüsel olarak hareket etmeden oluşturmasını gerektirir. Böylece, somut olayı bir tarafa meyletmeyerek, kişisel izlenim ve yorumlar oluşturmadan; özlü ve genelleiyici olmayan kararlarla çoşkudan uzak biçimde çözmek durumundadır (Sami Selçuk, “Yargılamada Nesnellik Bağlamında Yazılı Hukuk ve Yargıç İlişkisi”, *Yargıtay Dergisi*, Ankara 1996, C. 22, S. 3, s. 213).

güçlendiren bir eğilimi bünyesinde barındırmak biçiminde olmuştur. Yasama ve yargı karşısında yürütme organı, özellikle devlet başkanı eliyle güçlendirilmiştir.¹⁰ Bu güçlendirme yasama organının giderek yürütme ile bütünleşmesi ve yargının işlevsizleştirilmeye çalışılmasıyla pekiştirilmiştir. Özellikle yargı erkinin zayıflatılması¹¹ noktasında atılan anayasal adımlar yürütmenin 1961 Anayasası döneminden daha rahat hareket edebilmesi için gayet bilinçli olarak öngörülmüştür.

Anayasal sistem çerçevesinde yürütmenin parlâmenter sistemin sınırlarını zorlayacak derecede yetkilendirilmesi / yetkinleştirilmesi cumhuriyetin hukuk devleti niteliğini biçimsel¹² olmaktan öteye taşı-

¹⁰ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 11. baskı, Ankara 2010, s. 59,62, 64. Gözler, otorite - özgürlükler dengesi bakımından farklı bir yaklaşıma sahiptir. Yazara göre, yürütme güçlendirilmekle birlikte, anayasa koyucu otorite ve özgürlük arasında hassas bir dengeyi kurmayı başarmışlardır. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne koşut bir "sınırlandırma" sistemi öngörerek bu çabayı göstermiştir. Dolayısıyla özgürlükler devlet otoritesine feda edilmemiştir (Gözler, *a.g.e.*, s. 133).

¹¹ Bu zayıflatma yargı açısından kilit konumdaki Yüksek Hâkimler Kurulu'nun, HSYK adıyla yeniden yapılandırılması yoluyla gerçekleştirilmiştir. Kurul, Adalet Bakanı ve müsteşarı doğal üye olacak biçimde yeniden oluşturulmuş, bütçesi ve sekreteryası oluşturulmadığı için bütün çalışmalarını bakanlık binalarında ve personeli eliyle yapmak zorunda bırakılmak yoluyla yürütmenin ciddi anlamda denetimine sokulmuştur. Ayrıca hâkimlerin denetimi ve haklarında açılan soruşturmaların Bakanlığa bağlı adalet müfettişlerince yapılacağı öngörülerek bu kontrol daha da perçinleştirilmiştir (Fazıl Sağlam, *"Hukuk Devleti Yolunda Türkiye - Bulunulan Nokta - Reformların Uygulanmaya Geçirilmesi"*, Prof. Dr. Bülent Tanör Armağanı, Hazırlayan: Mehmet Ö. Alkan, Oğlak Yayıncılık, İstanbul 2006, s.254 - 255). Bu yeniden düzenleme, 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden 1,5 yıl önce gerçekleştirilmiştir. Bu, aslında anayasanın genel yapısına yansımış bir yöntem olarak benimsenmiştir. Öyle ki, anayasanın birçok hükmü Millî Güvenlik Konseyi döneminde çıkarılan kanunlara koşut olarak yazılmıştır. Böylece anayasa uygun kanun anlayışından kanunlara uygun anayasa yapımı gibi oldukça "yaratıcı" bir usul takip edilmiştir. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. (Zafer Üskül, *Türkiye'nin Anayasa Sorunu*, Afa Yayınları, İstanbul 1991, s. 23 - 29).

¹² Gerçekten de 1982 Anayasası ana hatlarıyla bir hukuk devletinde olması gereken koşulları öngören bir yapıda oluşturulmuştur. Erklar ayrılığı temelinde bir devlet örgütlenmesi içinde "eşitlik ilkesi" (1982 AY. md. 10), "anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı" (1982 AY. md. 11); "hak arama özgürlüğü" (1982 AY. md. 36) ve tartışmaya açık da olsa "kanuni hâkim güvencesi" (1982 AY. md. 37) kabul edilmiştir. Ayrıca "suç ve cezalara ilişkin esaslar" (1982 AY. md. 38), "temel hak ve özgürlüklerin korunması çerçevesinde devletin tazminat yükümlülüğü" (1982 AY. md. 40) ile idarenin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık olması" (1982 AY. md. 125) öngörülmüştür. Anayasa koyucu bir hukuk devletinde mutlaka olması gereken bu şemayı "yargı organının bağımsızlığına" ve "teminath olmasına" (1982 AY. md. 138 - 140) yer vererek tamamlamaya çalışmıştır. Hukuk devleti için en kritik makamı ifade eden yargının bağımsızlığının bir güvencesi olarak HSYK'yi (1982 AY. md. 159) düzen-

mamıştır. Çünkü anayasal yapı içine yerleştirilen çeşitli “dokunulamaz alanlar”¹³ hukuk devletinin tam manasıyla yapılandırılmasının ve işletilmesinin önüne geçmiştir. Öyle ki, bu alanların önemli bir çoğunluğunu yürütme eylem ve işlemleri oluşturmaktadır. Dolayısıyla 1982 Anayasa yapıcılarını, bir yandan biçimsel hukuk devletinin temel gerekliliklerini öngörürken; öte yandan aynı kurucu metin içine sayıca azımsanmayacak ve doğurduğu etkiler bakımından küçümsenmeyecek ölçekte yargı denetimi dışında bırakılmış devlet işlemi öngörmüştür. Bu “dokunulmazların” anayasal sistem içine yerleştirilmesi, gerek çıkış garantisi sağlamak¹⁴ gerekse de devlet otoritesini güçlü kılmak¹⁵ için düşünüldüğü aşikârdır.

lemiştir. Ancak HSYK'nin oluşturuluş tarzı, hâlâ, yargı bağımsızlığını sağlamak noktasında, onu çok güvenceli bir kurul yapmamaktadır. Özellikle oluşumunda yürütme organının etkin ve belirleyici olması bu kaygıları güçlendirmektedir.

13 Yüksek Seçim Kurulu kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaması (AY. md. 79/II); Cumhurbaşkanının re'sen imzaladığı karar ve emirler hakkında yargı yolunun kapatılması (AY. md 105/II, 125/II); Yüksek Askerî Şûra kararları (AY. md. 125/II); Uyarma ve kinama cezalarına yargı yolunun kapatılabilmesi (AY. md 129/III); Olağanüstü hâlde, sıkıyönetim ve savaş hâllerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin yargı denetimi dışında tutulması (AY. md. 148/I); Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları (AY. md. 159/IV); Sayıştay'ın kesin hükümleri hakkında idarî yargı yoluna başvurulmaması (AY. md. 160/I); 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girmesini izleyen ilk genel seçimler sonucunda oluşturulacak TBMM Başkanlık Divanı'na kadar yapılan her türlü yasama işleminin yargısal denetim dışında tutulması (AY. Geçici md. 15/son).

14 Bütün askerî müdahalelerin doğal hukukî sonucu olan çıkış garantileri, yönetime el koyan askerî iktidar mensuplarının siyasal olağanlaşmanın yaşanmasıyla kendilerini ve yaptıkları tasarrufları her türlü yargılamadan uzak tutmak ve bir süre daha sisteme nüfuz edebilmek için hukuk sistemi içine yerleştirdikleri düzenlemeler bütününe ifade etmektedir (Serap Yazıcı, *Türkiye'de Askerî Müdahalelerin Anayasal Etkileri*, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s. 25). 1982 Anayasası'nın Geçici 15. maddesiyle oluşturulan yargı bağımsızlığı buna yönelik olup, çok sayıda hukukî düzenlemeyi anayasaya uygunluk denetimi dışında tutmuştur. 2949 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunun da bu kapsamda olması tarihsel bir ironi gibidir. Anayasaya uygunluk denetimi dışında tutulan bu normlar için öngörülmüş anayasal kalkan, 2001 yılındaki 4709 Sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu'nun 34. maddesiyle kaldırılmıştır. Böylece hukuk devleti açısından 1982 Anayasası'nın çok önemli bir eksikliği daha giderilmiştir.

15 Anayasa içinde yer almamakla birlikte yargı denetimi dışında bırakılan “sıkıyönetim komutanlarının yetkilerini kullanırken yaptıkları idarî işlemler hakkında iptal davası açılmaması ve kişisel kusurlarından dolayı hukuken sorumlu olmamaları hükmü 14.11.1980 tarih ve 2342 sayılı kanunla, Sıkıyönetim Kanunu'na “*Ek Madde 3*” olarak eklenmiştir (Sağlam, *a.g.m.*, s. 254.). Başta yürütme erki organı olmak üzere devlet otoritesini güçlendirmek amacıyla öngörülmüş olan bu idarî işlemler, özellikle özgürlüklerin anayasal olarak daraltıldığı sıkıyönetim dönemlerini etkisi ve sonuçları bakımından daha da ağırlaştırmıştır. Anayasa değişikliğine gereksinim duymadan, anayasanın 96. maddesinin öngördüğü kabul çokluğu ile değiştirilecek bir hükmün hâlâ varlığını koruması düşündürüktür.

1982 Anayasası'nın yürürlüğe girdiği günden bu yana, hukuk devleti şemamız açısından önemli sıkıntılar olduğu bir gerçekliktir. Bu sorun, 1980'li yılların sonlarında başlayan anayasa değişiklikleri ile kısmen de olsa anayasal düzlemde giderilmeye çalışılmıştır. Yapılan anayasa değişikliklerinin tümü hukuk devletinin gerekliklerine ilişkin olmasa da bugün gelinen yer, 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girdiği günden çok farklıdır. Ancak mevcut anayasal yapı, yine de, hukuk devleti açısından istenilen noktada olmadığını bütünü açıklığı ile ortaya koymaktadır. Bunun ardındaki en önemli neden yasama organındaki siyasî çoğunlukların tümüyle olmasa da ciddi ölçüde anayasayı kendi partisel/ideolojik pencerelerinden bakarak ve gereksinimlerine uygun olarak değiştirmelerinde yatmaktadır.

5982 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu'na gelinceye değin geçen süreçte, çeşitli partilerin katılımıyla kabul edilen bu anayasa değişikliği paketlerinin¹⁶ ortaya çıkardığı manzarayı, git gide sivilleşen siyasetin "yetersiz" ve "gerekli görüldüğü kadar" yapılan girişimleri olarak yorumlamak yanlış olmayacaktır.

5982 SAYILI ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ KANUNUNU İLE HUKUK DEVLETİ BAKIMINDAN ULAŞILAN SON NOKTA

Yasallığı kuşku götürmeyen "5982 Anayasa Değişikliği Kanunu" hazırlanışı, tanıtılması ve kabulü bakımından belli ölçüde meşruiyet sıkıntısını bünyesinde barındırmaktadır.¹⁷ 2010 Halkoylaması'yla yürürlüğe girmek suretiyle 1982 Anayasal düzeninde önemli değişiklik-

¹⁶ Özellikle 1999, 2001 ve 2004 yıllarında yapılan anayasa değişikliklerinde, hukuk devletinin geliştirilmesine yönelik kısmî iyileştirmeler sağlayan düzenlemeler öngörülmüştür.

¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. (Bülent Yücel, "Anayasayı Değiştirmenin Anlamı, Biçim - İçerik İlişkisi Bakımından Meşruluk Sorunu", *Güncel Hukuk*, İstanbul 2010, S. 9 - 81, s. 26 - 29). YSK Sonuç Tutanağına göre 2010 Halkoylaması'na 52.051.828 seçmenden sadece 38.369.099'u katılmıştır. Ülke genelindeki geçerli oy sayısı ise 37.644.037 olmuş ve bunun sadece 21.787.244'ü 2010 Anayasa Değişikliği Kanunu'na "evet" oyu vermiştir. Oran olarak değerlendirdiğimizde, oylamaya katılım %73.71 olmuş, geçerli oyların %57.88'i evet oyu verirken; %42.12'si hayır yönünde oy kullanmıştır (<http://www.ysk.gov.tr/ysk/docs/2010Referandum/KesinSonuc/Sonuc.pdf> E.T.: 08.08.2011). Gerek katılım oranının çok yüksek olmaması gerekse de geçerli oyların ancak %57.88'nin alınabilmesi 2010 Anayasa Değişikliği Kanunu'nun arkasında, büyük bir halk desteği olmadığını bize göstermektedir.

lere yol açan kanunun, anayasanın hukuk devleti şemasına getirdiği katkı istenilen ölçüde olmamıştır. Anayasanın yapılışı sırasındaki “*ya-sama çoğunluğu*” göz önüne alındığında neden yapılan değişikliklerde bu kadar “*ürkek*” ya da “*bilinçli*” davranıldığı tartışmaya açıktır.

Son anayasa değişikliğini hukuk devleti açısından “*olumlulukları*” ve “*yetersizlikleri*” dikkate alınarak değerlendirmek gereklidir. Böylece sadece bardağın dolu tarafına takılmadan, kanunun yetersizliklerini de vurgulayarak, yeni hazırlanacak anayasada özen gösterilmesi gereken bazı noktalara dikkat çekilebilecektir.

5982 sayılı Kanunla, anayasanın öngördüğü hukuk devleti anlayışında olumlu bir yenilik olarak idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri incelemek üzere “*kamu denetçiliği kurumu*” anayasal sisteme dâhil edilmiş (AY. md. 74/IV); keza, uyarma ve kınama cezaları için yargı yolunu kapatan hüküm kaldırılarak, disiplin cezalarının yargı denetimi dışında bırakılamayacağı öngörülmüştür (AY. 129/III). Yine, Anayasa Mahkemesi’ne “*bireysel başvuru*”¹⁸ imkânı düzenlenmiş (AY. md. 148/III - V) ve Askerî Yargıtay ile AYİM’in kuruluş, işleyiş ve mensuplarının disiplin ve özlük işlerinin sadece mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıçlık güvencesi esasına göre düzenleneceği belirtilerek, “*askerlik hizmetinin gerekleri*” ifadesi çıkartılmıştır (AY. md. 156/son, 157/son). Son olarak, 1980 Askerî Müdahalesi’ni yapan dönemin iktidar mensuplarını koruyan geçici 15. maddenin kalan kısmı da ilga edilerek sembolik önemi fazla olan bir adım daha atılmıştır.

Değişiklik kanununu kabul eden siyasî iktidar, YAŞ ile HSYK kararlarının yargı denetimine açılması noktasında, sayısal gücüne ve siyasal etkinliğine rağmen, her iki kurulun bütün kararları için yargı yolunu açmak yerine bunu kısmen gerçekleştirmiştir. YAŞ’ın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararları için yargı denetimi öngörülürken (AY. md 125/II); HSYK’nin yargı mensuplarını ciddî ölçüde etkileyecek işleme-

¹⁸ Anayasa şikâyeti olarak da adlandırılan “*bireysel başvuru*” olanağı kurumsal olarak olumlu bir düzenleme olmakla birlikte, Türk yargı sisteminin “*iş yükü*” sorunu dikkate alındığında, Anayasa Mahkemesi’nin ciddî bir zorlukla karşılaşma olasılığı yüksek görülmektedir. Konuya ilişkin ayrıntılı eleştiri için bkz. (Selin Esen Arnwine, “*İspanya’da Amparo Başvurusu ve Türkiye*”, *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkı Sempozyumu*, 26 Kasım 2010. Eds.: Bülent Yücel - İlker Gökhan Şen, Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir 2011, s. 112 - 114).

rinden¹⁹ sadece "meslekten çıkarma cezasına" ilişkin kararları için yargı denetiminin önü açılmıştır (AY. md 159/X). Ayrıca kurulun oluşumu bakımından da yürütme erkinin ağırlığı varlığını korumaktadır. Yargı organının bağımsızlığı ve güvencesi bakımından kritik bir konuma sahip olan HSYK'da Adalet bakan ve müsteşarı yerini koruduğu gibi kurul üyelerinin seçimi bakımından cumhurbaşkanının dört asıl üyeyi doğrudan seçmesi öngörülmüştür. Keza, Türkiye Adalet Akademisi içinde bakanlar kurulunun sahip olduğu belirleyicilik düşünüldüğünde, akademinin de kurula üye göndermesi yürütmenin HSYK üzerindeki etkinliğini göstermesi bakımından önemlidir.

5982 sayılı Kanun memurların toplu sözleşme hakkına ilişkin olarak getirmiş olduğu düzenleme de "anlaşılmaz" biçimde hukuk devleti anlayışıyla pek de bağdaşmayan bir "dokunulamaz" alanı anayasal sisteme sokmuştur. Şöyle ki; Anayasanın 53. maddesine yapılan ekle toplu sözleşmenin yapılması sırasında ortaya çıkan uyuşmazlığı gidermek üzere kuruluşu kanuna bırakılmış olan Kamu Görevlileri Hakem Kurulu kararlarının kesin olacağı²⁰ hükme bağlanmıştır. Böylece kurulun kararları için yargı yoluna gitme olanağı anayasayla peşinen kapatılmıştır.

¹⁹ 159/VIII. maddede belirtilen mesleğe kabul etme; atama ve nakletme; geçici yetki verme; yükselme ve birinci sınıfa ayırma; kadro dağıtma; disiplin cezası verme; görevden uzaklaştırma, HSYK'nin yargı denetimi dışında bırakılmaya devam eden ve hukuk devletinin yaşama geçmesinde en kritik noktada bulunan yargı organı mensuplarını yakından etkileyen işlemleridir.

²⁰ Anayasa Mahkemesi 06.01.2011 tarihli E.2010/61, K.2011/7 kararında, 5894 Sayılı Kanunun 6. maddesine yönelik iptal istemini değerlendirmiştir. Mahkeme, Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun verdiği kararlar aleyhine yargı yoluna başvurulamayacağını düzenleyen ilgili maddenin (4) numaralı fıkrasının iptaline karar vermiştir. Karar gerekçesini anayasanın 9. ve 36. maddelerine dayandıran Anayasa Mahkemesi, bu hükmün tarafların yargı mercileri önünde dava haklarını kullanmalarını engellediği belirterek bu yolla anayasanın güvence altına aldığı hak arama özgürlüğü alanına yapılmış açık bir müdahale olarak nitelendirmiştir (<http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=karar&id=2923> E.T.: 11.08.2011). Anayasa Mahkemesi'nin bu çok yeni tarihli kararını düşündüğümüzde Kamu Görevlileri Hakem Kurulu'nun konumunu hukuk devleti açısından nasıl değerlendirmek gereklidir. 2010 Anayasa değişikliği ile bir mecburî tahkim olarak öngörülen bu hakem kurulu kararları için yargı yoluna gitmek mümkün olmayacağından, anayasa koyucu eliyle yargı denetimine kapatılmış yeni bir alan yaratılmış olmaktadır. Böylelikle aynı zamanda 36. maddenin sağladığı "hak arama özgürlüğüne" ciddi bir müdahalede bulunularak hukuk devleti için büyük önem taşıyan "herkesin meşrû araçları ve yolları kullanmak suretiyle yargı makamları önünde bir davanın tarafı olarak gerekli iddia ve savunmayı yapma imkânı ve bu biçimde adil yargılanma hakkı" elinden alınmış olmaktadır.

2010 Değişiklik paketi içine hiç sokulmayan ve fakat 1982 Anayasal düzeninin hukuk devleti açısından sıkıntılı bazı hükümleri hâlen varlığını korumaktadır. YSK kararlarının kesin olması, OHAL KHK'lerinin yargı denetimi dışında bırakılması²¹, cumhurbaşkanının anayasadan ve kanunlardan kaynaklanan²² tek başına yaptığı idarî işlemler bunlardan bazılarıdır. Ayrıca bir hukuk devleti için olmazsa olmazlardan biri olan “doğal yargı(ç) ilkesi” bakımından da anayasanın tercih ettiği kanunî hâkim güvencesi teriminden de vazgeçilmiş değildir. İlk bakışta iki terim arasında bir fark gözüküyorsa da pek âlâ kişiye ve olaya özgü olarak sonradan “kanunla” mahkeme kurulması olasılığı varlığını korumaktadır.

SONUÇ

1982 Anayasası en baştan itibaren kelimenin tam anlamıyla liberal dünya görüşünün gerektirdiği ölçüyü aşmayan biçimsel hukuk devleti şablonuna sahip kılınmıştır. Ancak anayasanın içyapısı ve öngörülen

²¹ Anayasa Mahkemesi 1991 yılında verdiği kritik bir kararla, anayasal sistemin hukuk devleti şemasındaki bu ciddi boşluğu belli ölçüde de olsa doldurmayı başarmıştır. Mahkeme, anayasanın olağanüstü hâl kanun hükmünde kararname niteliğine sahip işlemleri denetleyemeyeceğini belirtmekle birlikte; bir kanun hükmünde kararnamenin bu nitelikte sayılabilmesi için bazı koşullara sahip olması gerektiğini vurgulayarak, ifade ettiği koşulları haiz olmayan işlemlerin olağanüstü hal kanun hükmünde kararname olmayacağını ve dolayısıyla anayasa yargısı denetimine tâbi tutulacağını hükme bağlamıştır. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi, bir OHAL KHK'sinin ancak cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kurulunca çıkarılabileceğini ve söz konusu KHK'nin olağanüstü hâlin amacına uygun olarak, belirlenen “yer” ve “zaman”la sınırlı olabileceğini belirtmiştir. Bu koşul ve sınırlamalara aykırılık içeren bir KHK olağanüstü hâl KHK'si olma vasfına sahip olamayacağından yargısal denetime pek tabii ki açık olacaktır (Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1990/25, K. 1991/1, Karar Günü: 10.1.1991/http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=926&content=Olağanüstü_hal_kanun_hükmünde_kararnameleri E.T.: 09.08.2011). Benzer yönde kararları sonraki tarihlerde de verilmiş olup Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı müstakar hâle gelmiştir. E. 1991/6, K. 1991/ 20, Karar Günü: 3.7.1991 ve E. 2003/28, K. 2003/ 42, Karar Günü: 22.5.2003 künyeli kararlar buna örnek olarak gösterilebilir.

²² Danıştay üyelerinin dörtte birinin doğrudan seçilmesi (AY. md. 104/II.c, 155/III); Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği personelinin atanması (AY. md. 107); Devlet Denetleme Kurulu üyeleri ile bu üyeler içinden başkanın seçilmesi (AY. md. 108/III); Yüksek Öğretim Kurulu üyelerinden yedisinin doğrudan seçilmesi (AY. md. 131/II; 2547 SK md. 6/b.1.); Anayasa Mahkemesi üyelerinden dördünün doğrudan seçilmesi (AY. md. 146/III); Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumunun Yönetim Kuruluna üç üyenin seçilmesi (2876 SK md. 10).

dokunulmaz alanlar yüzünden, maddî boyutuyla hukuk devleti uygulamasına bir türlü işlevsellik kazandırılmamıştır. Bu yolla, sadece, cumhuriyetin bir niteliği olarak görünürde hukuk devleti iddiası korunmuş ve asıl siyasî hedef olarak belirlenen devlet otoritesinin güçlendirilmesi, yürütme erki ön plana çıkarılarak hukuken hayata geçirilmiştir.

Özgün hâlini beş yıl koruyabilen mevcut anayasa, siyasetin de giderek sivilleşmesi sonucunda gerçekleştirilen değişiklikler sonucunda kısmen ve fakat yetersiz olarak demokratikleştirilmiştir. 2010 yılındaki son değişiklik belli maddeleri itibarıyla hukuk devletine ilişkindir. Ancak siyasî iktidar, çok rahat gerçekleştirebileceği ve hatta ciddi anlamda diğer siyasî partiler ile sivil toplum kuruluşlarından destek bulabileceği birçok düzenlemeyi 5982 sayılı Kanun'a dâhil etmediği gibi kanunla gerçekleştirilebilecek düzenlemelerden bazıları açısından da oldukça "çekingin" davranmıştır. Ayrıca 53. madde örneğinde olduğu gibi yargı denetimine kapalı yeni bir alanı daha anayasal sistemimize yerleştirmiştir.

Birey özgürlüklerini güvence altına almak için özünde hukukî güvenliği ve siyasî iktidarın hukuka uygunluğunun sağlanarak, bütün faaliyetleri açısından yargısal denetimin öngörüldüğü hukuk devletinin anayasal sistemimiz açısından yeniden ve bu sefer eksiksiz olarak yapılandırılması gerekmektedir. 1982 Anayasası'nın dengesini yitirmiş kurgusu içinde bunu gerçekleştirmek, değişiklik hızı açısından kolay bir yöntem gibi gözükse de siyasî maliyet bakımından Türkiye için oldukça pahalı olabilecektir. Bu yüzden bütünüyle en baştan, demokratik ve özgürlükçü bir ruhu bünyesinde barındıran yeni anayasayla yoluyla hukuk devleti şemamızın değiştirilmesi zorunlu gözükmektedir. Hazırlanış süreci daha uzun olabilecek / olması gereken bu yolun çoğulcu ve katılımcı bir yöntemle inşâ edilmesi gerekmektedir. Aksi hâlde, sadece sayısal çoğunluğa dayanan ve toplumun geniş kesimlerince desteklenmeyerek, anlaşılamayan/anlaşılmayan ve içselleştirilemeyen bir "kurucu belge" gündelik yaşamımıza girmiş olacaktır.

Meşruluk bunalımı riskinin varlığı, demokratik bir siyasal sistemin en önemli güvencelerinden birini oluşturan hukuk devleti örgütlenmesini de zedeleyecek bir etki yaratacaktır. Bu yüzden 5982 Sayılı kanunun hazırlanış usûlünden ve içeriğinden farklı bir yol izlenerek ve biçimsel olmanın ötesine geçecek yapıda bir hukuk devleti şeması oluşturulmalıdır.

KAYNAKLAR

- Arnwine, Selin Esen, “İspanya’da Amparo Başvurusu ve Türkiye”, *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkı Sempozyumu*, 26 Kasım 2010. Editörler: Bülent Yücel – İlker Gökhan Şen, Anadolu Üniversitesi Yayını: Eskişehir, 2011, s.99 – 115.
- Arslan, Zühtü, “Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı”, *Doğu Batı*, Sayı:13, 2000 – 01, s. 65 – 85.
- Çağlar, Bakır, *Anayasa Bilimi, Bir Çalışma Taslağı*, BFS Yayınları: İstanbul, 1989.
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*,7. baskı, Ekin Basım Yayım Dağıtım: Bursa 2009.
- Hatemi, Hüseyin, *Hukuk Devleti Öğretisi*, İşaret Yayınları: İstanbul, 1989.
- <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?I=karar&id=2923> E.T.: 11.08.2011
- http://www.anayasa.gov.tr/index.php?I=manage_karar&ref=show&action=karar&id=926&content=Olağanüstü hal kanun hükmünde kararname-leri E.T.: 09.08.2011
- <http://www.ysk.gov.tr/ysk/docs/2010Referandum/KesinSonuc/Sonuc.pdf> E.T.: 08.08.2011
- Huber, Ernst Rudolf, “Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet”, Çeviren: Tuğrul Ansay, *Hukuk Devleti*, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, Afa Yayınları: İstanbul, 1998.
- Küçük, Adnan, “Hukuk Devleti Kavramı ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti,” *Hukuk Devleti, Hukukî Bir İlke, Siyasî Bir İdeal*. Editörler: Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan ve Adnan Küçük, Liberte Yayınları: Ankara, 2008, s. 351 – 454.
- Ökçesiz, Hayrettin, “Hukuk Devleti Olgusu”, *Hukuk Devleti*, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, Afa Yayınları: İstanbul, 1998.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 11. baskı, Yetkin Yayınları: Ankara, 2010.
- Sağlam, Fazıl, “Hukuk Devleti Yolunda Türkiye – Bulunulan Nokta – Reformların Uygulamaya Geçirilmesi”, Prof. Dr. Bülent Tanör Armağanı,

Hazırlayan: Mehmet Ö. Alkan, Oğlak Yayıncılık: İstanbul, 2006, s. 241 - 267.

Sancar, Mithat, *"Hukuk Devleti: Kavramsal Bir Çerçeve"*, Devlet Aklı Kıs-kacında Hukuk Devleti, 3. baskı, İletişim Yayınları: İstanbul, 2004, s. 29 - 46.

"Hukuk Devleti: Cumhuriyetin Temel Niteliklerinden Biri (Mi?)", Devlet Aklı Kıs-kacında Hukuk Devleti, 3. baskı, İletişim Yayınları: İstanbul, 2004, s. 69 - 84.

Selçuk, Sami, *"Yargılamada Nesnellik Bağlamında Yazılı Hukuk ve Yargıç İlişkisi"*, Yargıtay Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 3, 1996, s. 213 - 219.

Üskül, Zafer, *Türkiye'nin Anayasa Sorunu*, Afa Yayınları: İstanbul, 1991.

Yazıcı, Serap, *Türkiye'de Askeri Müdahalelerin Anayasal Etkileri*, Yetkin Yayınları: Ankara, 1997.

Yücel, Bülent, *"Anayasayı Değiştirmenin Anlamı, Biçim - İçerik İlişkisi Bakımından Meşruluk Sorunu"*, Güncel Hukuk, Sayı: 9 - 81, 2010, s. 26 - 29.