



Hukukun Üstünlüğü Elkitabı

Mustafa Erdoğan



Hukukun Üstünlüğü Elkitabı

Prof. Dr. Mustafa Erdoğan



katkılarıyla

Hukukun Üstünlüğü Elkitabı Mustafa Erdoğan

© Mustafa Erdoğan, 2020
© Özgürlük Araştırmaları Derneği, 2020

Yayına Hazırlayanlar: Bican Şahin ve Barış Yardımcı
Tasarım: Serbest Kitaplar (serbestkitaplar.com)

Bu çalışma Atlas Network ve Friedrich Naumann Vakfı'nın destekleri sonucu elde edilmiştir. Bu çalışmadaki görüşler yazara aittir, Özgürlük Araştırmaları Derneği, Atlas Network ve Friedrich Naumann Vakfı'nın görüşlerini yansıtmaz.



Çankaya Mah., Atatürk Bul., No.160 D.10 Çankaya, Ankara
(312) 213 24 00 www.oad.org.tr info@oad.org.tr
ozgurlukarastirmalari ozgurlukar

Prof. Dr. Mustafa Erdoğan

Mustafa Erdoğan 1956 yılında Trabzon'da doğdu. Lisans, yüksek lisans ve Doktora öğrenimini Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde tamamladı; 1991'de Doçent, 1997'de Profesör oldu. Mustafa Erdoğan idari yargıda (1983-85), Ankara Üniversitesi (1985-1990) ve Hacettepe Üniversitesi'nde (1991-2010), emekliliğinden sonra da İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde (2010-2016) öğretim üyesi ve dekan olarak çalıştı. Prof. Erdoğan ayrıca 1997-98, 2003 ve 2007-2008 yıllarında Amerika Birleşik Devletleri'ndeki muhtelif üniversitelerde ve düşünce kuruluşlarında misafir araştırmacı olarak bulundu.

Liberal fikriyatın Türkiye'deki önde gelen temsilcilerinden olan Mustafa Erdoğan; 2014 yılında Bican Şahin, İhsan Dağı, Erdal Türkkan, Melih Yürüşen, O. Kemal Cengiz ve Veli Kondak'la birlikte Özgürlük Araştırmaları Derneği'ni kurdu. Erdoğan daha önce de merhum Kâzım Berzeg ve Atilla Yayla'yla birlikte Liberal Düşünce Topluluğu'nu (1992) kurmuştu.

Yazı hayatına 1970'lerin ikinci yarısında başlayan Mustafa Erdoğan 1996'dan itibaren on yıl kadar *Liberal Düşünce* dergisinin editörlüğünü yaptı. Bu arada birçok akademik ve yarı-akademik derginin yayın veya danışma kurullarında yer aldı. Kırk yıla yaklaşan akademik kariyeri boyunca anayasa hukuku, Türk siyasî hayatı, liberal siyaset teorisi, adalet ve insan hakları alanlarında makale ve kitap olarak çok sayıda eseri yayımlandı. Mustafa Erdoğan ayrıca 1990'lar başlarından itibaren geniş kitlelere hitap eden yazı ve konuşmalarıyla da bir kamusal entellektüel profili çizdi.

Türkiye Bilimler Akademisi asli üyesi olan Prof. Erdoğan'ın başlıca eserleri şunlardır:

Türk Anayasa Hukuku (2. b., 2019), *Anayasa Hukukuna Giriş: Genel Esaslar* (2. b., 2019), *Özgürlük, Hukuk ve Demokrasi* (2018), *Hukuk ve Adalet* (2017), *Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset* (9. b., 2016), *Anayasal Demokrasi* (12. b., 2015), *İnsan Hakları: Teorisi ve Hukuku* (4. b., 2014); *Aydınlanma, Modernlik ve Liberalizm* (2006); *Demokrasi, Laiklik, Resmi İdeoloji* (2. b., 2000); *Liberal Toplum, Liberal Siyaset* (2. b., 1998); *Anayasacılık, Parlamentarizm, Silâhlı Kuvvetler* (1993). Prof. Erdoğan bu arada toplumsal ve siyasal teori alanında birçok kitap ve makaleyi de Türkçeye çevirdi.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	11
1. TEMEL KAVRAMLAR	13
A. Barışçı ve Düzenli Bir Toplum İçin Hukuk	13
B. Türkiye’de Modern Hukukun ve Anayasacılığın Gelişmesi	15
C. Hukuk ve Adalet	19
D. Hukuk Devleti Nedir?	21
E. Hukuk Devleti ve Kanun Devleti	23
F. Hukuk Devleti ve Demokrasi	25
1. Demokratik Devlet ve Hukuk	25
2. Hukuk Devleti-Demokrasi Gerilimi	27
2. HUKUK DEVLETİ’NDEN HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ’NE	31
A. Hukuk Önünde Eşitlik	33
B. Hukukun Üstünlüğü Açısından Hukukun Yapısı	34
C. Hukukun Üstünlüğü ve Usulî Hakkaniyet	36
D. Hukukun Üstünlüğünün Kapsamı: Şekli veya Maddî	38
E. Hukukun Üstünlüğünün Değeri: Özgürlük ve Onur	40
F. Siyasî İdeal Olarak Hukukun Üstünlüğü	42
3. HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜNÜN KURUMSAL GEREKLERİ (I)	47
A. Tarafsız, Hukuka Bağlı ve Anayasal Devlet	47
B. Anayasa Yargısı	48
C. İdarenin Yargısal Denetimi	51

D. Yargının Bağımsızlık ve Tarafsızlığı	51
4. HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜNÜN KURUMSAL GEREKLERİ (II)	55
A. Usulî Adalet: Âdil Yargılama	55
1. Hâkimlik Teminatı	57
2. Tabîi Hâkim Güvencesi	58
3. Suçsuzluk Karinesi	59
4. Makul Sürede Yargılanma	60
5. Savunma Hakları ve “Silâhların Eşitliği”	60
6. Yargı Kararlarının Etkililiği	61
7. Mahkeme Kararlarının Gerekçeli Olması	62
B. Koruyucu Temel Haklar	64
C. Hukukun Evrensel İlkeleri	66
5. HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ AÇISINDAN YASAMA	69
A. Yasama Yetkisinin Sınırlılığı	69
1. Halk Egemenliği ve Hukukun Üstünlüğü	70
2. Anayasa Yargısı ve Yargısal Aktivizm	71
B. Yasama Sürecinin Yapısı	72
C. Kanunun “Moral Otoritesi” ve Yasa	74
6. HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ AÇISINDAN KANUNLAR	77
A. Âdil Davranış Kuralları Olarak Kanunlar	77
1. Kanunların Genellik ve Soyutluğu	78
2. Kanunların Amaçtan Bağımsız Olması	79
3. Kanunların Geçmişe Yürümezliği	80
B. Kanunların İstikrarı ve Öngörülebilirlik	82
C. Suç ve Cezaların Kanuniliği	83
7. HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ AÇISINDAN YÜRÜTME VE İDARE	87
A. İdarenin Kanuniliği	87

B. Yasama Yetkisinin Devri	88
C. İdarenin Takdir Yetkisi	90
D. İdarenin Yargısal Denetimi	91
E. Yargı Denetiminin Niteliği ve Sınırları	93
F. Denetim Dışı İşlemler	95

8. HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ AÇISINDAN OLAĞANÜSTÜ REJİMLER

A. İnsan Hakları, Güvenlik ve Terörle Mücadele	99
B. Hukukun Üstünlüğü Açısından Olağanüstü Haller	103
C. Türkiye’de Olağanüstü Rejim Sorunları	104

9. YARGININ BAĞIMSIZLIK VE TARAFSIZLIĞI

A. Yargının Bağımsızlığı	113
B. Yargının Tarafsızlığı	116
C. Savunma Mesleği Olarak Avukatlık	117
D. Savcılık Mesleği	118

10. HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ VE İNSAN HAKLARI

A. İnsan Haklarının Anayasal Olarak Tanınması	121
B. Temel Haklar Rejiminin Esasları	122
C. İnsan Haklarını Koruma Mekanizmaları	124
1. Ulusal Düzeyde Koruma	125
2. Uluslararası Düzeyde Koruma	126
a. Birleşmiş Milletler Sistemi	127
b. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi	128
c. Avrupa Sosyal Yasası Sistemi	130

KAYNAKLAR	133
------------------	------------

ÖNSÖZ

“HUKUK DEVLETİ” VEYA “HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ” BATI UYGARLIK DÜNYASINDAKİ HER ÜLKENİN HUKUK VE SİYASET DİLİNDE EN ÇOK KULLANILAN KAVRAMLAR ARASINDA YER ALMAKTADIR. Bugün itibariyle aynı dünyanın bir parçası olarak kalma konusunda kararsız olduğu izlenimi vermekle beraber, ülkemizde de durum aşağı yukarı aynıdır. Ancak, son yıllarda “hukukun üstünlüğü” resmî Türkiye için ulaşılmaması gereken bir ideal olmaktan çıkmış olduğundan, terime daha çok yakınma bağlamında başvurulmaktadır. Siyasî rejimin yeniden normalleşmeye başlamasıyla, hukukun üstünlüğüne resmî uygulamalardan şikâyet bağlamında değil de gerçekleştirilecek bir özlem olarak atıfta bulunulacağı günlerin geleceği umulabilir. Bu bakımdan, *Hukukun Üstünlüğü Elkitabı* adlı bu çalışmanın tam zamanında çıktığı da söylenebilir.

Hangi anlamda olursa olsun hakkında bu kadar çok söz edilen “hukukun üstünlüğü”nün ülkemizde son zamanlara kadar hukuk camiası dahil olmak üzere akademide yeteri sıklıkta ve hak ettiği derinlikle incelenmiş olduğu maalesef söylenemez. Bu evrensel ilke ve ideal hakkındaki bilgiler esas olarak hukuk fakültelerinde okutulan anayasa hukuku, idare hukuku ve “genel

kamu hukuku” ders kitaplarında yer alan genel anlamlara dayanmaktadır. Hukukun üstünlüğünün çeşitli yönlerine ve/veya gereklerine ilişkin olarak son yıllarda daha fazla araştırma –genellikle yüksek lisans ve doktora tezi olarak- yapılmakla beraber, bu kitabın esas çatısının oluşturulduğu 2008 yılı itibariyle Türkçede hukukun üstünlüğünü bütün yönleriyle ele alan, kompakt bir eser henüz yoktu.

Bu çalışma hukukun üstünlüğü idealini başlı başına bir inceleme konusu yapan Türkçedeki galiba ilk örnektir. *Hukukun Üstünlüğü Elkitabı*’nın hem bir başlangıç hem de bu yöndeki yeni çalışmalar için bir müşevvik olmasını umuyoruz. Özgürlük Araştırmaları Derneği’nin “Hukuk Devleti Akademisi Projesi” çerçevesinde hazırlandığı için, içeriği ve üslûbu esas olarak pedagojik kaygılar ve öncelikler tarafından belirlenmiş olsa da, bu kitap yazarının son yıllarda hukukun üstünlüğü ve adalet üzerinde yoğunlaşan çalışmalarının bir yan ürünüdür. Bu arada, değerli meslektaşım Doç. Dr. A. Rıza Çoban’ın bu eserin ortaya çıkmasındaki katkısını da özellikle anmak isterim.

Prof. Dr. Mustafa Erdoğan

BİRİNCİ DERS

TEMEL KAVRAMLAR

BU KİTABIN ANA KONUSUNU OLUŞTURAN “HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ”NÜN anlamını, benzer kavramlarla ilişkisini ve gereklerini ayrıntılı olarak ele almadan önce, giriş niteliğinde olmak üzere konuyla ilgili temel kavramlar hakkında özlü bir bilgi vermekte yarar var. Böylece bu Birinci Ders’te bir yandan barış ve düzen içinde bir toplumsal hayat için hukukun gerekliliğini ve önemini, öbür yandan da hukukun adaletle ve hukuk devletinin “kanun devleti”yle ilişkisini kısaca gözden geçireceğiz. Bu arada, modern Türkiye’de hukuk anlayış ve uygulamasının bugünkü noktaya nasıl geldiğine ilişkin kısa bir anlatım konunun ülkemizin durumuyla bağlantısını kurmayı kolaylaştıracaktır.

A. BARIŞÇI VE DÜZENLİ BİR TOPLUM İÇİN HUKUK

Hukuk toplum halinde yaşamanın ayrılmaz bir parçasıdır. “Nerede toplum varsa orada hukuk (da) vardır” (*Ubi societas ibi ius*) şeklindeki ünlü Latin vecizesi bu gerçeğin yüzyıllar ötesinden gelen özlü bir anlatımıdır. Ancak, toplum sadece uyum demek değildir, toplumu niteleyen başka bir özellik de çatışmadır. Dünya görüşleri, ahlâkî anlayışları ve çıkarları şu veya bu ölçüde farklı

olan birey ve gruplardan oluşması, toplumun bir gerilim ve çatışma potansiyeli de içerdiğini ifade etmektedir. Bu nedenle, hem çatışma çıkması ihtimalini azaltacak hem de ortaya çıkan çatışmaları çözüme kavuşturacak, herkes için geçerli olan (ortak) davranış standartları olmadan barış ve düzen içinde bir toplumsal hayat mümkün değildir. Ayrıca, toplum çeşitli birey ve grupların rastgele bir toplamı değildir, bu da toplumun ortaklaşa kararlaştırması gereken mesele ve ihtiyaçlarının da var olduğu anlamına gelir.

Toplumsal varoluşa ilişkin bu iki gerçek toplumda herkesi bağlayan birtakım ortak kuralların ve bunları uygulayacak kamusal kurum ve mekanizmaların varlığını zorunlu kılmaktadır. İcra mekanizması ile birlikte bu kurallar sistemine hukuk diyoruz. Böylece, hukuk hem kişiler ve gruplar arasında çıkan ihtilâfların hangi kurallara göre ve nasıl çözüleceğini, hem de toplumun ortak işlerinin kapsamını ve karara bağlanma usullerini gösterir. Toplumlarda bireylerin davranışlarına kılavuzluk eden ve böylece toplumsal barış ve düzene değişik ölçülerde katkıda bulunan ahlâk, örf ve âdet, görgü ve nezaket kuralları gibi başka kural sistemleri de elbette vardır. Bununla beraber, hukuktan farklı olarak, ahlâk, örf ve âdet, görgü ve nezaket kuralları hukukîleştirilmedikleri sürece kamusal otorite tarafından uygulanmazlar; esasen bunların varlığı kamusal olarak uygulanmalarına bağlı değildir.

Modern zamanlara kadar, insanlararası ilişkileri düzenleyen hukuk, büyük ölçüde, toplumsal hayat içinde kendiliğinden bir şekilde gelişen davranış kurallarından meydana geliyordu. Başka bir ifadeyle, modern öncesi dönemlerde hukukun ana kaynağı toplum tarafından bağlayıcı oldukları kabul edilen örf ve âdetler idi. O

dönemlerde hukukun diğer kaynağını ise din kuralları oluşturuyordu. Aslına bakılırsa, din ile örf ve âdetler genellikle iç içe geçmiş durumdaydı ve ikisi birlikte insan iradesiyle değiştirilemeyeceği düşünülen, geleneksel bir normative blok oluşturuyorlardı. Ortaçağda bu değişmezlik bir yandan geleneksel kuralların yarı-kutsal addedilmesinden, öbür yandan bireylerin mensup oldukları toplumsal kesim veya tabakaların statülerinin değişmezliğinden kaynaklanıyordu. Modernlikle birlikte, hukukun insan iradesinin, insanların bilinçli tasarımının ürünü olabileceği fikri gelişti ve bu da zamanla hukukun değişmezliği dogmasının sonunu getirdi. Böylece, hukuk artık toplumda “egemen” olan siyasî iradenin eseri olacaktı.

B. TÜRKİYE’DE MODERN HUKUKUN VE ANAYASACILIĞIN GELİŞMESİ¹

Hukuk üstünlüğünü ayrıntılı olarak ele almadan önce, ülkemizdeki anayasacılığa, hukuka ve hukuk devletine ilişkin anlayış ve uygulamanın tarihsel gelişimine de bir göz atmamız gerekiyor. Ancak, bu gelişmeyi çok eski zamanlardan başlayarak incelemek hem çok zaman alır, hem de bu kitabın konusu değildir. Onun için, burada Türkiye’nin anayasa ve hukuk tarihini sadece hukuk anlayışımızın köklü bir değişikliğe uğradığı modernleşme dönemine bakımından ve özet bir şekilde gözden geçirmekle yetineceğiz.

Türkiye’de anayasacılığın ve modern hukukun temelleri 19. yüzyıl başlarından itibaren siyasî-hukukî sistemin reforme edilmesi çabalarıyla birlikte atılmaya başlamıştır. Modernleşme öncesi dönemde Osmanlı devletinin

¹ Ayrıntılı bilgi için, bkz. Erdoğan 2016.

hukuksuz bir siyasî yapı olduğu elbette söylenemez, ama Osmanlı hukukunun modern hukuk anlayışından önemli farkları vardı. Ayrıca, o dönemin şer'î ve örfî esaslı hukukîlik anlayışı (özellikle ikincisi) modern-Batılı hukuk devleti kavramının ortaya çıkması için uygun değildi. Öte yandan, Tanzimat'la birlikte yazılı kanun veya kanunnâmelere dayalı bir tür kanun devleti (A. Cevdet Paşa'nın deyimiyle, "devlet-i muntazama") ortaya çıkmaya başlamış ve bu gelişmeyi anayasal devlet yolundaki sonraki gelişmeler izlemiştir.

Önce, "*hukukî modernleşme*" kavramından başlarsak, bu kavramın başlıca iki anlamı ayırt edilebilir. İlk anlamında hukukî modernleşme kanunlaştırma (*kodifikasyon*); yani, belli bir konudaki dağınık halde bulunan hukuk kurallarının sistematize edilmiş kompakt yazılı metinler (kodlar) haline getirilmesi demektir. Bu aşamaya Batılı toplumlar 18. yüzyıl sonundan itibaren geçmişlerdir. Nitekim, Avrupa'daki ilk kodifikasyon örneği 1794 tarihinde yürürlüğe girmiş olan Prusya Arazi Kanunu'dur; onu 1804 tarihli Fransız Medenî Kanunu (1804) izlemiştir. Bir tür akılcılaştırma (rasyonelleştirme) da demekolan kodifikasyon hareketiyle esas olarak hukukta belirlilik sağlanmak isteniyordu. Osmanlı devletinde de hukukî modernleşmeyi simgeleyen "*devlet-i muntazama*" (düzenli devlet) ve "*kavânin-i akliye*" (akılcı kanunlar) gibi terimler Tanzimat dönemi reformcularının "Osmanlı imparatorluğunu herkes için geçerli genel kurallara göre işleyen modern bir bürokratik devlete dönüştürmeyi" amaçladıklarını gösteriyordu (Erdoğan 2016: 19).

Kodifikasyon hareketi ayrıca hukukî modernleşmenin başka bir anlamıyla da ilgilidir: Önceki nesillerden tevarüs edilen ve toplum için adetâ objektif bir veri olan geleneksel hukuk anlayışından, hukukun bilinçli insan

eyleminin ürünü olabileceği fikrine geçiş. Bu gelişme, zaman içinde "yasama" (kanun-yapma) düşüncesinin ve onun demokratik-kurumsal karşılığı olan yasama organının ortaya çıkması demektir. Başlangıçta hükümdarlara ait sayılan yasama işlevi zamanla demokratikleşmeyle birlikte halkı temsil eden parlamentolara geçmiştir. Böylece, modern hukuk gitgide yasama yoluyla üretilen "devletçi hukuk" halini almıştır.

Hukukî modernleşmenin bu iki (genel) anlamına Türkiye sözkonusu olduğunda bir üçüncüsünü daha eklemek gerekiyor: Modern *Batılı kanunların iktibas*. Türkiye'de hukukî modernleşme orijinal kanunlar hazırlayıp yürürlüğe koymak yerine, düzenlenmek istenen konuyla ilgili "uygun" bir Avrupa kanununu iktibas etmek, yani hukukta Avrupalılaşmak anlamına gelmiştir. Bu süreç 18. yüzyılın ortalarına doğru (1840 tarihli Ceza Kânunnâmesi'yle) başlamış ve Cumhuriyet'in kuruluşuna kadar yoğun bir şekilde devam etmiştir. Batıdan kanun iktibası Cumhuriyetle birlikte hemen kesilmiş olmamakla beraber, zamanla yoğunluğu azalmış ve artık istisna haline gelmiştir. Yine de bugünkü hukukumuzun da gövdesini o zamandan bu yana başta Fransa, Almanya ve İtalya olmak üzere Batı ülkelerinden iktibas edilen kanunlar oluşturmuştur.

İktibas (resepsiyon) yoluyla kanun yapma hareketinin dikkate değer bir istisnası ilk medenî kanunumuz olan Mecelle'nin hazırlanması olmuştur. 1868-1876 yılları arasında hazırlanıp peyderpey yürürlüğe konmuş olan "*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*", başında Ahmet Cevdet Paşa'nın bulunduğu bir uzmanlar heyeti tarafından Hanefî-İslam fıkı esaslarının akılcı bir şekilde sistematize edilmesiyle meydana getirilmişti. Ancak, 1851 maddeden oluşan bu kanun medenî hukukun bütün

konularını kapsamıyordu. Cumhuriyet'in kurulmasından kısa bir süre sonra 1926 tarihli yeni Türk Medenî Kanunu'nun 1926 yılında yürürlüğe girmesiyle Mecelle de yürürlükten kalkmıştır.

Aslına bakılırsa, hukuk bakımından Cumhuriyet dönemi geleneksel hukuk anlayışıyla bütün bağların koparılması ve Batı Avrupa'nın Roma-Germen temellerine dayalı hukuk sistemine geçilmesi anlamına geliyordu. İsviçre Medenî Kanunu'nun iktibas mahiyetinde olan 1926 tarihli Türk Medenî Kanunu bu dönüşümün en önemli sembolik ifadesiydi. Onu izleyen, başta Ceza ve Ticaret kanunları olmak üzere, iktibas ürünü diğer kanunların uygulamaya geçirilmesi, değişen hukuk öğretiminin ve yargı içtihatlarının da katkısıyla, zaman içinde Türkiye'nin yeni hukuk anlayışının temel kavram ve kurumlarının oluşmasıyla sonuçlanmıştır. Bu Elkitabının ana konusunu oluşturan hukuk devleti veya hukukun üstünlüğü ilkesi için uygun fikrî zemini de bu gelişme sağlamıştır.

Türkiye'de hukukî modernleşmenin bir yanını da “anayasallaşma” veya “anayasal devlete geçiş” oluşturmuştur. Temel haklara saygı ve eşit yurttaşlık (hukuk önünde eşitlik) yolunda ilk işaretleri veren *Tanzimat fermanları* (1838 Gülhane Hat-tı Hümayûnu ve 1856 Islahat Fermanı) daha sonraki 1876 Anayasası (Kânun-i Esâsi) için de elverişli bir zemin oluşturmuştur. *1876 Anayasası* gerçi padişahı gerçek anlamda sınırlamıyor ve ayrıca kişi ve yurttaş haklarını yeterince güvence altına almıyordu. Yine de bu anayasa, özellikle 1908 sonrası değişiklikleriyle, Türkiye'de -demokratik siyasetin olduğu kadar- anayasa ve hukuk devleti fikirlerinin de gelişmesinde bir ölçüde etkili olmuştur. Yukarıda özetlenen kanunlaştırma hareketleriyle birlikte, Kanun-i Esâsi Osmanlı

Türkesi'nde kabaca kurallara göre işleyen düzenli bir devlet yönetiminin (“devlet-i muntazama”) doğmasına katkı yapmıştır. Bu kanun devleti anlayışı elbette hukuk devletiyle aynı şey değildir, ama yine de hukuk devletine geçiş yolunda önemli bir adım olduğu açıktır.

Türkiye'de anayasal devlet yolundaki iniş-çıkışlı gelişme 1921, 1924 ve 1961 Anayasalarından sonra, bugün itibariyle yürürlükte bulunan 1982 Anayasasıyla noktalanmış görünmektedir. Bu Anayasa 1982 yılında yürürlüğe girdikten sonra büyüklü-küçüklü pek çok değişikliğe uğramıştır. Bu değişiklikler serisinin temel anlamı şöyle özetlenebilir: Anayasa değişiklikleri temel haklar rejimi bakımından genellikle olumlu yönde gerçekleşmişken, devlet sisteminin genel yapısı bakımından bu değişiklikler demokratik hukuk devleti anlayışıyla daha az bağdaşır yönde ortaya çıkmış bulunuyor. Özellikle 2017 Anayasa değişikliğinin ortaya çıkardığı, tam yetkili bir cumhurbaşkanının temsil ettiği yürütmenin üstünlüğüne dayalı, kuvvetler ayrılığına ve denetim ve denge mekanizmalarına yer vermeyen yeni devlet sistemi içinde temel haklar rejimindeki iyileşmenin etkili olma ihtimali de çok zayıflamıştır.

C. HUKUK VE ADALET

Hukuk çoğu kimseye en başta adaleti çağırır; hukuk öteden beri adaletle çeşitli şekillerde ilişkilendirilmiştir. En başta, hukukun amacının adalet olduğu genellikle kabul edilir. Türkçedeki “adalet mülkün (devlet yönetiminin) temelidir” sözünün ima ettiği gibi, devlet yönetimi adalate dayanmalıdır. Eğer yönetim adalete dayanmazsa toplum ancak güçle ayakta tutulabilir ki bu da uzun vadede sürdürülebilir bir durum değildir. Âdil yönetim

ise en başta âdil bir hukuku şart kılar. Bunun için de hukuka adalet idesinin yön vermesi gerekir. Adalet kısaca herkese hakkı olanı ve/veya ha ettiğini vermek demektir.

“Âdil hukuk” biri şekli diğeri maddî olmak üzere başlıca iki şekilde anlaşılabilir. İlk olarak şekli anlamda âdil hukuk, hukuk kurallarının ve bir bütün olarak hukuk sisteminin belirli yapısal özellikleri taşıması ve bu kuralların hakkaniyetle (yani, tarafsızca, ayırım gözetmeyen bir şekilde) uygulanması anlamına gelir. Daha sonra göreceğimiz gibi, Lon Fuller’ın doğru anlamda hukukun ölçütleri olduğunu savunduğu standartlar (“*hukukun içsel ahlâkı*”nın gerekleri) bu anlamda adaletin gereklerini önemli ölçüde karşılamaktadır. Ancak bu standartlar kuralların hakkaniyetle uygulanmasının gereklerinin çoğunu karşılamamaktadır. Nitekim, Joseph Raz ve Jeremy Waldron gibi başka hukukçular âdil hukukun uygulama ve usulle ilgili ikinci unsuruna özellikle dikkat çekmişlerdir.

Maddî anlamda âdil hukuk ise hukukun içeriğiyle ilgili olup, hukuk kurallarının kişilere “hakkı olanı veya hak ettiğini” verip vermediğine veya ne ölçüde verdiği işaret eder. Bu anlamda adaletin gereklerinin başında “insan hakları” gelmektedir; çünkü kişiler en başta insan haklarını hak ederler. Böylece, âdil bir hukukun öncelikle insan haklarını tanıyıp koruma altına alması gerekir. Ancak, maddî adaletin insan haklarının yanında başka neleri gerektirdiğinin herkesin üzerinde mutabık kalacağı şekilde soyut olarak belirlenmesi hiç de kolay değildir. Çünkü insan hakları dışında kişilerin neleri hak ettikleri onların somut durum ve ilişkilerine de bağlıdır (sözleşmeden, haksız fiilden vb. doğan ilişkiler gibi). Onun için, hukukun adalet adına bu alanda yapabileceği şey, esas olarak, kişilerin ihlâl edilen haklarının ve uğradıkları zararların telâfi ve tazmin edilmesini sağlamaktır. Bu da

her şeyden önce güvenceli hâkimlerin görev yaptığı bağımsız ve tarafsız bir yargı sisteminin varlığını gerektirir. Siyasî ve idarî makamlardan bağımsız olmayan mahkemelerin “adalet dağıtması” mümkün değildir.

D. HUKUK DEVLETİ NEDİR?

“Hukuk devleti” devletin örgütlenmesine ve işleyişine ilişkin temel bir ilkedir ve kısaca *hukuka bağlı devlet* anlamına gelir. Devletin hukuka bağlı olması, bütün faaliyetlerinin hukuka dayanmasıyla, işlem ve eylemlerinde hukukun çizdiği çerçevenin dışına çıkmamasıyla varlık kazanır. Hukuk devleti kamusal organ, makam ve mercilerin sadece hukuken yetkilendirildiği durumlarda işlem ve eylem yapmalarını, bunun dışında hareketsiz kalmalarını gerektirir. Başka bir ifadeyle, hukuk devleti “yönetilenlerle kurduğu ilişkilerde ve yönetilenlerin bireysel statülerini ilgilendiren her konuda, önceden mevcut olan genel kurallar ve normlar temeli üzerinden işler.” (Chevallier 2010: 11).

Hukuk devleti ilkesi kamu otoritelerinin yönetenlerin kişisel emir ve talimatlarıyla değil fakat hukuka göre faaliyet yapması gereği olarak da açıklanabilir. Bu ilke devletin, kamu görevlilerini kendi kişisel tercihlerine göre veya keyfi olarak cebir uygulamaya yetkilendirmesini yasaklar. F. A. Hayek’e göre bu, “devletin bütün faaliyetlerinde önceden ilân edilmiş sabit kurullarla bağlı olduğu” (Hayek 2005: 57) anlamına gelir. Başka bir ifadeyle, hukuk devleti “[herkesçe] bilinen bir kuralın uygulanması hariç, devletin bir bireye hiçbir zaman cebir uygulamamasını” gerektirir ve (böylece) “yasama organınıninkiler dahil olmak üzere devletin yetkileri üzerinde bir sınırlama oluşturur.” (Hayek 2006/1960: 180)

Hukuk devleti kişilere bağlı ve kişiselci keyfî yönetimin zıddıdır. Hukuk devleti kamu otoritesi kullanan kişilerin indî görüşlerine ve kaprislerine göre değişen bir yönetimin yerine, kurallara dayalı, gayrişahsî, “objektif” bir yönetimi koymayı amaçlar. Böylece, hukuk devletinde adeta “kişiler değil kurallar (kanunlar) yönetir”. Kişilerin değişmesiyle işlerin yürütülme tarzının değiştiği, kamu işlerini kurallara bağlılığın değil iktidar mevkiindeki kişilerin emir ve talimatlarının belirlediği, herkes için geçerli olan genel kurallara göre değil de yönetenlerin keyfî istek ve kaprislerine göre yönetimin hâkim olduğu yerde hukuk devletinden söz edilemez.

Devletin hukuka bağlılığı böylece kişilere en başta güvenlik ve öngörülebilirlik sağlayacaktır. Keyfiliğe karşı güvence oluşturan hukuk güvenliği hukuk devletinin temel bir gerekliliğidir (Chevallier 2010: 100). Hukukî güvenlik, kamu otoriteleriyle ilişkilerinde kişilerin bugün ve geleceğe dönük olarak güven duygusu içinde olmaları demektir. Devletin hukuka bağlı kalacağı, yani kuralların dışına çıkmayacağı garantisinde kişiler hem geleceği öngörme imkânına sahip olur, hem de kamu makamlarının keyfî davranmayacağından emin olurlar. Bireylerin hukuk kurallarının kendilerini nasıl etkileyeceğini önceden bilmeleri hukuk devleti için şarttır. Kişiler ancak yürürlükte olan, herkes için geçerli hukuk kurallarına uygun olarak muamele göreceklarını, hukukî dayanağı olmayan bir muameleye maruz kalmayacaklarını bilmeleri halinde kendilerini rahat ve güvende hissederler.

Hukuka bağlılık keza, önceden duyurulmuş/ilân edilmiş ve herkes için geçerli kurallar sayesinde, bireylerin geleceği öngörüp kendi iş ve ilişkilerini, etkinlik ve eylemlerini buna göre planlayabilmelerini de mümkün

kılar. Böylece, hukuk devleti ilkesine riayet edilmesi sayesinde, kişilerin keyfî devlet müdahalesinden masun ve kuralların keyfî olarak değişmeyeceğinden emin bir şekilde, öngörülebilir ve güvenli bir hayat yaşayacakları varsayılmaktadır.

E. HUKUK DEVLETİ VE KANUN DEVLETİ

Devlet demokratik olsun-olmasın, çağdaş dünyada hukuk büyük ölçüde kanun yapma yoluyla üretilmektedir. Dolayısıyla hukuk devleti ister istemez büyük ölçüde kanunlara dayanır. Hukuk sisteminin esas olarak kanunlardan oluşması, “hukuk” deyince “kanun”un akla gelmesine, bu da kanun devleti ile hukuk devletinin aynı şeymiş gibi algılanmasına yol açmıştır. Kanun devletinde “*kanun hâkimiyeti*” kavramı öne çıkar, çünkü orada hukukîlik ile kanuna-uygunluk aşağı yukarı aynı anlama gelir. *Kanunîlik* esasına göre, kamu otoritelerinin bütün işlem ve eylemlerinin kanunlara dayanması ve onlara uygun olması gerekir. Kanun devletinde “ulusal irade”nin somutlaşması olarak görülen kanun, bundan dolayı keyfî yönetime karşı kişilerin en önemli güvencesi sayılır. Kanun devletlerinde aynı anlayış, yani yasama organının ulusal iradeyi temsil ettiği anlayışı, yasamanın (Meclisin) üstünlüğü düşüncesine götürür.

Onsekizinci yüzyıl sonlarından itibaren monarşik rejimlerin anayasallaşmasını, 19. yüzyılda aynı rejimlerin kısmen demokratikleşmesi izledi. Bu gelişme artık egemenliğin kaynağı olarak görülmeye başlanan “halk”ın temsilcisi konumundaki yasama organlarının (parlamentoların) önemini artırdı. Parlamentolar gitgide yasama işlevinin yegâne ve tekeli sahibi haline geldiler, bu da yürütme ve idarenin haksız-hukuksuz işlem ve eylemlerine karşı kanunların bireylerin ana güvencesi

olarak algılanmasına yol açtı. Halkın kendi temsilcilerinin yaptığı kanunların -veya kanun-yapıcılar olarak halkın temsilcilerinin- kişilerin haklarını ihlâl etmeyeceği düşünülüyordu.

Kanun devleti sistemi iki noktada hukuk devletinden ayrılır. İlk olarak, kanun “idarî faaliyetin yalnızca sınırı değil ama aynı zamanda onun ‘şartı’dır ve [yürütme ve ME] idare işlevi yasaların uygulanmasına indirgenir.” İkinci olarak, hukuk devleti bireylerin çıkarı ve korunması için kurulmuşken, kanun devleti yasama organının üstünlüğünü güvence altına almayı amaçlar. Bu anlayışta, doğal olarak, kanun koyucunun sınırlanması diye bir düşünce yer almaz (Chevallier 2010: 25).

Ne var ki, daha sonraki gelişmeler yasama organını kişi haklarının aslî güvencesi olarak görmenin pek de doğru olmadığını, demokratik parlamentoların da pekâlâ temel hakları ihlâl eden kanunlar yapabileceğini gösterdi. Böylece, kanunların varlığının kendi başına hukuk devletini garanti etmeyeceği zamanla daha iyi anlaşılmaya başladı. Demokratik devletlerin yaptıkları kanunlar da her zaman hukuk devletinin gereklerine uygun olmayabilirdi. Kaldı ki, hukukîlik kaygısı taşımayan otoriter ve totaliter devletlerde de elbette kanunlar vardır, ama bunların güvence değeri ya yoktur ya da çok zayıftır.

Bununla beraber, kanunlara bağlı devlet yönetimi yine de kanunsuz yönetime nispetle kişiler için daha güvencelidir. Çünkü, kanun devleti sağladığı belirlilik sayesinde kişilere bir ölçüde geleceği öngörme imkânı ve keyfiliğe karşı koruma sağlar. Bu anlamda kanunlarla yönetilen devletin, iktidar sahiplerinin kaprislerine göre işleyen keyfî bir yönetime göre tercihe şayan olduğu açıktır. Ama elbette bu hukuk devleti olmak için yeterli değildir.

Çünkü, kanunları keyfilik ve baskıya açık kapı bırakacak şekilde formüle etmek her zaman mümkündür.

F. HUKUK DEVLETİ VE DEMOKRASİ

Günümüzde hukuk devleti veya hukukun üstünlüğü kendi başına bir amaç olduğu kadar, demokrasinin önemli bir tamamlayıcısı olarak da görülmektedir. Nitekim günümüz demokratik devletlerinin çoğu aynı zamanda birer hukuk devletidirler veya hukukun üstünlüğünü anayasal temellerinden biri yapmışlardır. Bu durum, hukuk devletiyle demokrasinin farklı siyasî idealleri temsil etseler de birbiriyle ilişkili olduklarını göstermektedir.

Bu ilişkinin en belirgin göstergesi her iki idealin de eşitliği temel bir değer kabul etmesidir. Gerçekten de, hukukun üstünlüğü ile demokrasinin ortak noktası veya onları bileştiren en önemli değer *eşitlik*dir. Hukukun üstünlüğü hukuk önünde eşitliğe, demokrasi ise siyasî eşitliğe dayanır. Gerçi öznesi insan veya kişi olan hukukun üstünlüğünün sağladığı eşitlik, öznesi yurttaş olan demokratik eşitlikten daha kapsamlıdır. Bu, demokrasinin, yurttaşların siyasî eşitliğini garanti etmesi şartıyla, meselâ yabancılara yurttaşlara nispetle daha az hak ve özgürlük tanınmasıyla, başka bir deyişle yabancılara ayrımcılık yapılmasıyla bağdaşabileceği anlamına gelir. Yine de bunun demokrasi için zorunlu olmadığını belirtmek gerekir.

1. Demokratik Devlet ve Hukuk

Modern devlet Weberci anlamda akılcı-hukukî kurallara bağlı olarak işleyen devlettir; bu da modern demokrasileri aynı zamanda birer hukuk devleti olmaya zorla-

maktadır. Demokrasi ancak bir hukuk rejimi altında var olabilir. Hukuk devleti ile demokrasi arasındaki –mutlak olayan- uyumun önemli bir nedeni, demokratik bir rejimin sağlıklı işleminin kamusal organ ve makamların yetkilerinin anayasa ve hukukla açık-seçik bir şekilde belirlenmiş olmasına da bağlı olduğu gerçeğidir. Şu var ki, anayasa ve hukuk kamu makamlarını sınırlandırdığı kadar yetkilendirir de.

Günümüzde hukuk devleti ilkesi en fazla medenî dünyadaki demokratik devletlerde işlerliğe sahip olmakla beraber, bu ilkenin demokratik olmayan rejimlerde de bir ölçüde kurumsallaştırılması teorik olarak mümkündür. Ancak, demokratik olmayan devletlerin hukuk devleti ilkesine bağlı kalacaklarının herhangi bir güvencesi yoktur. Gerçekten de, yönetenlerin yönetilenlere karşı sorumlu olmadıkları otoriter ve totaliter rejimler, yönetenleri hukuka ve haklara saygılı olmaya zorlayacak müşevviklerden de yoksundur.

Buna karşılık, demokrasiler hukuk devletinin (ve hukukun üstünlüğünün) gereklerine saygılı olma konusunda daha fazla müşevviğe sahiptirler. Bu durum elbette demokratik rejimlerde hukuk devletinin tam ve kesin bir garanti altında olduğu anlamına gelmez. Demokratik kurumların da hem hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayan kurallar yaptıkları, hem de demokratik devletlerin makemelerinin her zaman adalet dağıtmadıkları maalesef bir gerçektir. Yine de, hangi kamusal yetkinin kime ait olduğunu, hangi sınırlara tâbi olduğunu ve nasıl kullanılacağını belirlenmiş olmasının kamu otoriteleri üzerinde hiç bir kısıtlayıcı etkisi olmayacağı söylenemeyeceği gibi, bu belirlilik yurttaşlar için de devletin keyfiliğine karşı az çok bir güvence oluşturur.

Öte yandan, hukukun üstünlüğünün de yerleşik hale gelmek için demokratik bir rejime ihtiyacı vardır. Bunun bir nedeni, belirttiğimiz gibi, demokratik rejimin de ancak kurallı bir yapı içinde işlerliğe sahip olabileceği gerçeğidir. Sözcüğü, Türkiye’de gerek hukukun üstünlüğünün gerekse demokrasinin bir türlü yerleşik ve kalıcı bir rejim modeli haline gelmemesinin temel nedenlerinden biri, hem genel olarak toplumda hem de yönetenlerde kurallara-bağlılık duygu ve alışkanlığının yerleşmemiş olması ve yönetenler için keyfi yönetimin halâ çekiciliğini bir ölçüde korumasıdır. Hukukun üstünlüğünün varlığı için demokrasinin gerekli olmasının başka bir nedeni de, yukarıda işaret edildiği gibi, yapıp-ettiklerinden dolayı halka hesap vermek zorunda olduklarından, demokratik yöneticilerin hukuka uymak için daha fazla müşevviğe sahip oldukları gerçeğidir.

2. Hukuk Devleti-Demokrasi Gerilimi

Sadece pratikte değil teoride de, demokrasi ile hukuk devleti veya hukukun üstünlüğü arasındaki ilişki hem uyum hem de uyumsuzluk ve gerilim ilişkisidir. Bu gerilim ilişkisinin başlıca nedeni, halkın veya milletin temsilcilerinin demokrasiyi seçimlere indirgeme eğiliminde olmaları ve çoğunlukçu demokrasiyi “hukuk demokrasisi”ne tercih etmeleridir. Oysa, hukukun üstünlüğü “seçilmiş temsilcilerin üstün hukuk kurallarına bağlı kalmak zorunda oldukları bir demokrasi kavrayışı gerektirir.” (Chevallier 2010: 142, 53). Başka bir ifadeyle, hukuk devleti demokratik meşruluğa sahip olan yöneticilerin de anayasa ve hukukla sınırlı olmasını ve başta azınlıklar olmak üzere yurttaşların temel haklarına saygı göstermesini gerektirir. Oysa, seçilmiş yöneticiler “halkın” veya “milletin” yegâne temsilcileri oldukları için (yani, sözümona demokrasinin

gereği olarak) sınırsız yetkiye sahip olduklarını düşünür ve bundan dolayı anayasal ilkeler ve diğer hukukî sınırlarla pek bağlı olmak istemezler.

Hukuk devleti-demokrasi gerilimi en belirgin bir şekilde, kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi demek olan “anayasa yargısı”nda kendisini gösterir. Esas varlık nedeni “çoğunluğun yasasını temel haklara saygıyla dengelemek” (Chevallier 2010: 142) olan anayasa yargısı çoğunlukçu demokrasi yanlılarının gözünde “*millî irade*”ye bir saldırı teşkil eder. Gerçi, aşağıda Yasamayla ilgili Derste de işaret edileceği gibi, kanunların anayasaya uygunluğu denetiminin sınırlarını aşarak yasama organının siyaset tercihlerini etkisizleştirme eğilimi içine giren aktivist veya müdahaleci bir yargının demokrasiyle bağdaşmadığında tereddüt yoktur. Ne var ki, çoğunlukçu demokrasi taraftarları sadece kendi sınırlarını aşan aktivist bir yargıyı değil fakat bizatihi yargı denetiminin varlığını demokratik sürece haksız bir müdahale olarak görürler. Çünkü, onlara göre “halkın demokratik temsilcisi” olması parlamentoya vatandaşların hayatıyla ilgili her konuyu belirleme konusunda sınırsız yetki verir.

Oysa, hukukun üstünlüğüne bağlı anayasal-demokratik bir sistemde kanunların anayasaya ve evrensel insan haklarına uygunluğunun bağımsız mahkemeler tarafından denetlenmesi vezgeçilmez önemdedir. Aslına bakılırsa, doğru anlamda demokratik bir sistemden (anayasal demokrasiden) söz ediyorsak, orada kanunların meşruluğu yalnız başına onları yapan organın (parlamentonun) halk tarafından seçilmiş olmasından kaynaklanmaz; meşruluk aynı zamanda anayasa ve hukuktan kaynaklanır. Şüphesiz, seçimler olmadan (temsîlî) demokrasi olmaz, ama demokrasi başta hukukun üstünlüğü olmak üzere seçimden başka ilke ve kurumların da

varlığını gerektiren daha karmaşık bir sistemdir. Esasen, eğer meşruluğun kaynağı yalnızca seçimler olsaydı anayasa yapmaya hiç gerek olmaz, seçilmiş kişi veya kişilerin devleti tamamen kendi takdirlerine –daha doğrusu keyiflerine- göre yönetmelerine yurttaşlar olarak rıza göstermekle yetinmemiz gerekirdi.

ARAŞTIRMA VE TARTIŞMA SORULARI

1. Hukuk, toplumsal ve bireysel çatışmaları engelleyerek barışçıl bir düzen sağlayabilir mi?
2. Geleneksel toplumdan modern devlete geçiş sürecinde hukuk ve devlet ilişkisi nasıl evrilmiş ve gelişmiştir? Hukuk ile kanun arasındaki ilişkinin doğasını ve gelişimini inceleyiniz.
3. Türkiye’de hukuki modernleşme niçin etkili bir hukuk devleti pratiği geliştirememiştir?
4. Hukuk ile adalet arasında nasıl bir ilişki vardır? Adaleti gerçekleştirmek için hukuk devleti zorunlu mudur?
5. Demokrasi ile hukuk devleti arasındaki uyum ve gerilimden ne anlıyorsunuz?

OKUMA ÖNERİSİ

Jurgen Habermas (2008), “Hukuk Devleti ve Demokrasi Arasındaki İçsel İlişki Üzerine”, A.R. Çoban, B. Canatan, A. Küçük (Edt.), *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal* (Ankara: Adres Yayınları, 2008) içinde, ss. 259-270.

Mustafa Erdoğan (2017), *Hukuk ve Adalet* (Ankara: Orion Kitabevi).

Mustafa Erdoğan (2016), *Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset* (Ankara: Orion Kitabevi, 9. b.).

Venedik Komisyonu, *Hukuk Devleti Raporu* (Report on the Rule of Law) (CDLAD (2011)003 rev) 25-26 2011 tarihinde kabul edilmiştir.

Venedik Komisyonu “The Rule of Law in European Jurisdictions” by Martin Laughlin (CDL-DEM (2009) 006).

İKİNCİ DERS

HUKUK DEVLETİ'NDEN HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ'NE

HUKUK DEVLETİ İLE HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ TERİMLERİ ÇOK defa birbirinin yerine kullanılıyorsa da, bunlar arasında ayırım yapmak için iyi nedenlerimiz vardır. Hukuk devleti, Birinci Ders'te açıkladığımız gibi, keyfî yönetimin yerine kurallara bağlı yönetimi koymayı, böylelikle kişilerin kamu otoritesi karşısında kendilerini güvende hissetmelerini ve geleceği öngörebilmelerini sağlamayı amaçlar.

Bu güvenceler şüphesiz önemli olmakla beraber hukukun üstünlüğü için yeterli değildir. Çünkü, kurallara bağlı yönetimin kişiler için sahici bir güvence olması, bir yandan kuralların niteliğine, diğer yandan da kuralların hakkaniyetle uygulanıp uygulanmadıklarına bağlıdır. Hukukun üstünlüğü gerek kanunların gerekse bütün bir hukuk sisteminin keyfiliğe ve baskıya yer bırakmayacak bir özellikte olmasını gerektirmektedir. Martin Loughlin'in kavramlaştırmasıyla söylersek, hukukun üstünlüğü için, "hukuk aracılığıyla yönetim"den "hukuka tâbi yönetim"e geçmek gerekir.

Ancak, bir ülkede devlet tarafından cebren uygulanan herhangi bir normlar sistemi anlamında "hukuk"un var-

lığı kendi başına orada “hukukun üstünlüğü” ilkesinin egemen olduğu anlamına gelmez. Hukukun üstünlüğü herhangi bir hukukun değil, belli bazı özellikleri taşıyan bir hukukun varlığını şart koşar. Bunun için, her şeyden önce yürürlükteki hukuk sisteminin bazı standartlara uygun olması gerekir. Bu konuda Lon Fuller’ın doğru hukukun standartları olarak belirlediği ölçütler hukuk düşünürleri arasında genel bir kabul görmüştür. Fuller’ın kendisi bu standartların hiç değilse çoğunu karşılamayan bir normatif sisteme hukuk denemeyeceği kanaatindeydi. Fakat başta Joseph Raz olmak üzere birçok düşünür açısından bu standartlar hukukun değil de hukuk devletinin ölçütleridir.

Öte yandan, hukukun üstünlüğü için ideal standartlara uygun olan kuralların bile sırf varlığı yeterli değildir; bu kuralların fiilen uygulanıyor ve hakkaniyetle uygulanıyor olmaları da gerekir. Sözgelisi, anayasası ve genel olarak kanunları bakımından ideal ölçülere yakın olan bir devlet eğer bu kurallara fiilen uymuyor, yani yazılı normlar kâğıt üstünde kalıyorsa, orada hukukun üstünlüğünden söz edilemez. Bu da, hukukun üstünlüğünün varlığının sadece “iyi” kurallara değil, fakat aynı zamanda bunlara uyulmasını garanti edecek kurum ve mekanizmalara da bağlı olduğu anlamına gelir.

Böylece bu çalışmada hukukun üstünlüğü ilkesini hukuk devletini de içerecek şekilde daha geniş anlamda kullanacağız. Bu arada, hukukun üstünlüğünün aynı zamanda siyasî bir ideal olduğunu, yani devlet-vatandaş ilişkilerinin dayandığı felsefi temeli de değiştirmek ve bu arada hiyerarşik yönetim modelinin yerine eşitlikçi modeli geçirmek istediğini de vurgulamak gerekir.

A. HUKUK ÖNÜNDE EŞİTLİK

Hukuk önünde eşitlik hukuk devletini hukukun üstünlüğüne bağlayan temel bir ilkedir. Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü herkesin ayırım gözetmeksizin hukuk önünde eşit olmasını, yani hukukun kişilere eşit muamele etmesini şart koşar. Bunun bir sonucu olarak, hukuk önünde eşitlik ilkesi hukukun kişiler arasında keyfî ayırım (ayrımcılık) yapmasını yasaklar. *Ayrımcılık yasağı* bir yanıyla da devletin ideolojik tarafsızlığının bir sonucu ve bu ilkenin hukuk tekniğine yansımış bir formülüdür. Hukuk önünde eşitliğin korunması bireysel onura saygıyla da yakından ilgilidir.

Genellikle ilk akla gelen ayrımcılık nedeni ideolojik olmakla beraber, kişilere ayrımcı muamele sadece ideoloji ve dünya görüşü farklılığından kaynaklanmaz, başka birçok ayrımcılık nedeni vardır. Nitekim, gerek uluslararası insan hakları belgelerinde, gerekse Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında (m. 10) belirtilen ve aşağı-yukarı birbirinin aynı olan “kanun önünde eşitlik” formüllerinde bu durumu gözleyebiliriz: “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” Bu arada belirtmek gerekir ki, T.C. Anayasası bu ilke için “kanun önünde eşitlik” terimini kullanmış olmasına rağmen, ilkenin doğru adı “hukuk önünde eşitlik” olmak gerekir.

Hukuk önünde eşitlik ayrımcılığı olduğu kadar *ayrıcalığı* (imtiyazı) da yasaklar. Ayrımcılığın, yani yasal düzenlemeler veya uygulama yoluyla bazı kişi veya grupların benzer durumda olanlara nispetle “keyfî olarak” hak kaybına uğratılmasının yanlışlığını herkes kolayca görebilir. Aynı durum, bazı kişi veya grupların hiçbir

haklı neden yokken kayırılması, yani onlara benzer durumdakilerin sahip olmadığı ekstra avantaj sağlanması (imtiyaz) için de söz konusudur. Buna karşılık, toplum içinde gelenekten kaynaklanan veya yasal veya idarî olarak yaratılmış olan çeşitli mağduriyetlerden muzdarip olanları destekleyici mahiyette farklı muamele öngören kuralları insanlar genellikle hukuk önünde eşitliğe aykırı bulmazlar. Ancak bu, dezavantajlı kişi veya grupları *kayırcı muamelenin* her durumda haklı olduğu anlamına gelmeyebilir. Onun için, kayırcı muamelenin de her halükârda keyfî olmayıp haklı bir nedene dayandığının gösterilmesi gerekir.

Hukuk önünde eşitlik başta kanunlar olmak üzere hukuk kurallarının hem genel olmasını, hem de herkese eşit olarak uygulanmasını gerektirir. Ancak, genellik, ihtiyaç halinde ve *haklı sebepler bulunduğu* kişiler ve grupların özel durumlarını gözeterek farklı kurallar konmasına engel değildir. Şu var ki, eşitlik ilkesi bu durumda da özel düzenlemeyi gerektiren şartları taşıyanlar arasında ayırım yapılmamasını, yani benzer durumda olanların aynı kurallara tâbi kılınmasını gerektirir. Öyleyse, haklı bir nedene dayanması halinde, farklı durumda olanlara farklı muamele yapılmasını öngören kurallar hukukun üstünlüğüne ters düşmez. Bu konuyu ileride Altıncı Derste tekrar ele alacağız.

B. HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ AÇISINDAN HUKUKUN YAPISI

Hukukun üstünlüğü en başta hukukun devletten önce geldiğini, onun devletin üstünde yer aldığını ima eder. Hukukun üstünlüğü devlet yönetiminin genel nitelikteki hukuk normlarına dayanmasını, keyfî güce karşı genel kuralların hâkimiyetinin tesis edilmesini şart koşar.

Hukukun üstünlüğü açısından devletin hukuka bağlılığının sahici bir güvence teşkil etmesi, büyük ölçüde, yürürlükteki hukukun niteliğine, yani onun nasıl bir hukuk olduğuna bağlıdır. Başka bir ifadeyle, hukukun üstünlüğünde saklı olan "*üstün hukukîlik*" fikri hukuk düzeninin gerek bir bütün olarak gerekse içerdiği kurallar itibarıyla birtakım yüksek/üstün standartlara uygun olmasını gerektirmektedir.

Hukuk devleti ve/veya hukukun üstünlüğüyle ilgili literatürde birçok yazar bu standartların neler olduğuna ilişkin tezler geliştirmiştir. Buradaki anlatımda Friedrich Hayek, Lon Fuller ve Joseph Raz'ın bu konudaki önerilerini sentezleyen bir "*üstün hukukîlik*" modeli tanımlanmaya çalışılacaktır.

Hayek'e göre sahici hukuk kurallarının taşınması gereken başlıca özelliklere genellik, soyutluk ve amaçtan-bağımsızlık olarak belirtilebilir. Hayek "*âdil davranış kuralları*" terimi ile doğru anlamda kanun veya hukuku kast etmekte ve onları bir tür "*emir*" olarak nitelediği yasaların (legislation) karşısında konumlandırmaktadır. Ona göre kanun, (i) (âdil) bir davranış kuralıdır, (ii) herkes için geçerlidir (genellik), (iii) kişiye ne yapacağını söylemez, fakat sadece onun içinde hareket edeceği özgürlük alanının sınırlarını belirler, (iv) belirlilik ve öngörülebilirlik sağlar (Hayek 2012: 165-66; Hayek 2013: 315-16). Buna karşılık "*yasa*" (i) parlamentonun (herkese değil) hükümete yönelik bir emri veya talimatıdır, (ii) (genel olarak kişileri değil) daha ziyade devlet görevlilerini bağlar.

Doğru anlamda hukukun uygun olması gereken standartlar konusunu Lon Fuller daha genişçe ele almıştır. Fuller'ın "*hukuka için ahlâkîlik*" (veya, "*hukukun içsel ahlâkı*") olarak adlandırdığı bu standartlar bugün evren-

sel bir kabul görmüş durumdadırlar. Fuller'ın belirlediği sekiz standart şunlardır:

a) Kurallar genel olmalıdır, b) Kurallar yurttaşların bağlı olacakları standartları bilmelerine imkân vermek üzere ilân edilmelidir, c) Geçmişe yürüyen kurallar ve uygulamalar asgarîye indirilmelidir, d) Kurallar açık ve anlaşılabilir olmalıdır, e) Kurallar birbiriyle çelişmemelidir, f) Kurallar muhataplarından yeteneklerini aşan davranış istememelidir, g) Kurallar nispeten istikrarlı olmalıdır (sık sık değişmemelidir), h) İlân edilen kurullarla onların fiilen uygulanması arasında bir uyum var olmalıdır.

Fuller bunları "hukuk"un ideal standartları olarak kabul etmektedir. Ancak, ona göre hukukîlik derece derecedir; yani, bir hukuk sisteminin hukuk sayılması için bu sekiz ölçütün hepsini karşılaması şart değildir. Her bir hukuk sistemi bu gerekleri farklı derecelerde karşılar; ancak, Fuller bu gereklerin ("hukukun içsel ahlâkı"nın ölçütlerinin) çoğuna sahip olmayan bir normatif sisteme hukuk denemeyeceği konusunda kesindir.

C. HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ VE USULİ HAKKANİYET

Joseph Raz (2008) bir hukuk sisteminin karşılaması gereken Fuller standartlarına, haklı olarak, şunları da eklemektedir: yargı bağımsızlığı, doğal adalet (kabaca, "âdil yargılama"), yargı denetimi ve yargıya erişim hakkı. Bu bizi usulî hakkaniyet konusuna getirmektedir. Hukukun uygulanmasında hakkaniyetin gözetilmesi hukukun üstünlüğünün bir gereğidir. Bundan dolayı, hukukun adaleti sadece kuralların olduğu gibi uygulanmasını değil, aynı zamanda bu kuralların "doğal adalet" ve usulî hakkaniyet ideallerinin gerektirdiği şekilde uygulamalarına bağlıdır. Anglo-Amerikan hukuk geleneğinde

doğal adalet açık ve âdil duruşma ve yargıçların tarafsızlığı gibi ilkeleri ifade eder. Bir davanın tarafları dava sonucunda elde edecekleri sonuç kadar, o sonuca nasıl bir süreç veya usul izlenerek varıldığını da önemserler. Usulün önemi Türkçede de "usul esastan önce gelir" sözüyle özetlenmiştir.

Usulî hakkaniyetin başlıca üç gereği vardır: eşit muamele, tarafsızlık ve söz hakkı (Cohn & White & Sanders 2000: 554, 556-558). "Eşit muamele" mahkemelerin uyuşmazlıkları çözerken benzer durumlara benzer, farklı durumlara farklı muamele etmelerini gerektirir. "Tarafsızlık" mahkeme veya hâkimin davanın tarafları arasında keyfî ayırım yapmaması anlamına gelir. Taraflardan herhangi birinin lehine ya da aleyhine tavır almak mahkemenin tarafsızlığının ihlâlidir. Dolayısıyla, hâkim veya mahkeme davanın görülmesi esnasında tarafsızlıklarından şüpheye düşürecek tavır ve davranışlardan kaçınmalıdır. "Söz hakkı" ise davanın taraflarının yargılama boyunca kendi iddia ve kanıtlarını serbestçe ve hakkıyla dile getirebilmeleri demektir. Davanın taraflarının iddia ve savunma haklarından eşit koşullarda yararlandırılmasına "silâhların eşitliği" ilkesi denilmektedir. Ceza yargılamasında ve disiplin hukukunda bu ilke daha ziyade "iddia ve savunma hakkı" olarak adlandırılmaktadır. Tarafların bu şekilde yargılamaya katılmaları hem süreçten âdil bir kararın çıkma ihtimalini artırır, hem de davanın taraflarının izlenen usule ve verilen karara güven duymalarını sağlar.

Günümüz hukuk dilinde usul hakkaniyetine kabaca "âdil yargılama"ya karşılık gelmektedir. Âdil yargılama konusunu "Hukukun Üstünlüğünün Gereklere II" başlıklı Dördüncü Derste ayrıntılı olarak ele alacağız.

D. HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜNÜN KAPSAMI: ŞEKLİ VEYA MADDİ

Hukukun üstünlüğü yaygın olarak şekli (ve usulî) bir ilke olarak anlaşılma ile beraber, onun birtakım maddî gereklilikleri de kapsayacak şekilde daha geniş bir şekilde anlaşılmasından yana olan düşünceler de vardır. Şekli anlayış bizatihi kanunun içeriği hakkında herhangi bir değerlendirmede bulunmaz; şekli kriterlerin karşılanmış olması şartıyla, onun bu anlamda iyi kanun mu kötü kanun mu olduğuyla ilgilenmez. *Maddî anlayışa* bağlı olanlar ise bunun ötesine geçerek, hukukun üstünlüğü kavramını belirli bazı maddî hakların temeli olarak görürler; yani bu haklar hukukun üstünlüğünde temellenirler veya ondan türerler. Nitekim, hukukun üstünlüğünün özgürlük karinesi, özel mülkiyet haklarına ve temel insan haklarına saygı gibi birtakım maddî gerekleri de bulunduğu muhtelif yazarlarca savunulmuştur (Waldron 2016). Maddî anlayış bu haklarla uyuşan “iyi” kanunlar ile bunlarla uyuşmayan “kötü” kanunlar arasında ayırım yapılmasına imkân verir (Craig 1997: 467).

Hukukun üstünlüğünün şekli gerekleri, kabaca, Fuller’ın yukarıda açıklanan “hukukun içsel ahlâkı”nın gerekleridir: genellik, kamusalılık/alenîlik, açık-seçiklik, geleceğe-dönük olma, tutarlılık (çelişmezlik), uygulanabilirlik, istikrar ve kuralla uygulamanın uyumu. Bu ilkeler kişilerin davranışına uygulanan normun şekliyle ilgilidirler. Bunlara, hukuk normlarının uygulanmasıyla ilgili olan yargı bağımsızlığı, âdil yargılama ve yargıya erişim gibi usulî ilkeleri de eklemek gerekir.

Ronald Dworkin’in “kural kitabı” anlayışı ile “haklar” anlayışı arasında yaptığı ayırım şekli-maddî hukukun üstünlüğü ayırımına çok benzemektedir. Dworkin’e göre,

“kural kitabı” anlayışı bir hukuk sistemindeki kanunların muhtevası hakkında hiçbir şey söylemez ve sadece, önceden konmuş ve herkesin bilgisine sunulmuş olan kuralların gerektirdiği durumlar dışında devletin bireylere karşı güç kullanmamasını gerektirir. Buna karşılık “haklar” anlayışı yurttaşların birbirlerine karşı ahlâkî hak ve ödevlere, devlete karşı ise siyasî haklara sahip olduklarını ve dolayısıyla devletin pozitif hukukunda bu ahlâkî ve siyasî hakları tanınması gerektiğini kabul eder (Craig 1997: 477).

Bir görüşe göre, hukukun üstünlüğüne ilişkin bizatihi şekli anlayışlar bile ahlâkî özerklik ve bireye saygı fikirleri gibi birtakım maddî temellere dayandıklarından, hukukun üstünlüğü ister istemez maddî bir ilkedir. Bu nedenle, şekil ve öz arasındaki ayırımı muhafaza etmek gerçekçi veya makul bir tutum değildir (Craig 1997: 481). Şekli unsurların genellikle onur ve özgürlük gibi maddî gerekçelerle savunulmaları anlamında, maddî ve şekli unsurlar arasında bir örtüşme olduğundan (Waldron 2011: 4-5), bu görüş ilk bakışta doğru görünmektedir. Ne var ki, hukukun üstünlüğünün altında –sözgelişi- “bireysel onura saygı” değerinin yatması veya onun bu değere hizmet etmesi ile bireysel onura saygının hukukun üstünlüğünün kurucu bir unsuru olması aynı şey değildir. Ayrıca, tamamen maddî anlayışın kabul edilmesi hukukun üstünlüğü kavramını böyle bir hukuk görüşünü telkin eden adalet teorisinden bağımsız olan işlevinden yoksun bırakır (Craig 1997: 487). Waldron’ın (2016) belirttiği gibi, hukukun üstünlüğünün maddî anlayışına bir kere kapı açılınca, herkes kendi gözde siyasî idealini hukukun üstünlüğünün maddî boyutu olarak ilân etmeye başlar. Bundan dolayı, bir yazar maddî anlayışı “normatif olarak istenen amaçları desteklemek üzere huku-

kun üstünlüğünün retoriksel cazibesinden yararlanma" (Zanghellini 2016: 239) girişimi olarak nitelemiştir.

Bununla beraber, hukukun üstünlüğünün esas olarak "şeklî ve usulî" bir ilke olduğunu söylemek, bu ilkenin özgürlük ve insan hakları gibi değerlerle ilgili hiçbir maddî gereği bulunmadığını söylemekle aynı şey değildir. Nitekim, ileride Dördüncü Derste hukukun üstünlüğüyle temel hakların ilişkisi özel olarak ele alınacaktır. Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki, insan haklarına saygı hukukun üstünlüğünden bağımsız olarak başlı başına bir siyasî değer olduğundan, hukukun üstünlüğü gerektirmese bile insan haklarının tanınması ve korunması anayasal-demokratik devletin zaten tanımlayıcı bir unsurudur.

E. HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜNÜN DEĞERİ: ÖZGÜRLÜK VE ONUR

Devletin hukukun üstünlüğüne bağlı olmasının kişileri yararlandıran ve onlara güvence sağlayan birçok yanı vardır. Bir yazar bu yararları şu şekilde özetlemiştir (Tamanaha 2005'ten aktaran, Erdoğan 2015a: 15-16): Hukukun üstünlüğü (1) hem dikey (devletle yurttaşlar arasında) hem de yatay olarak (yurttaşların kendi aralarında) belirlilik, öngörülebilirlik ve güvenliği artırır, (2) kamu görevlilerinin takdir yetkisini kısıtlar, kasıtlı ve keyfî davranışı azaltır, (3) hukuk kuralları marifetiyle barışçı bir sosyal düzeni sürdürür, (4) sağladığı belirlilik, öngörülebilirlik ve güvenlik sayesinde iktisadî gelişmeyi kolaylaştırır, (5) kuralların herkese eşit olarak uygulanması anlamında temel adaleti sağlar.

Hukukun üstünlüğünün adaletle ilişkisine daha önce işaret etmiştik. Hukukun üstünlüğünün en fazla adalet

idealine hizmet etmesi beklenir; hukukun üstünlüğü, başka şeyler yanında, hukuku adalete bağlayan bir idealdir. Ancak hukukun üstünlüğü yukarıda özetlenen somut güvenceler yoluyla toplum hayatında başka temel değerlere de katkıda bulunur. Bunların başında "özgürlük"ün ve "insan onuru"nun korunması gelmektedir.

Başta Hayek olmak üzere kimi düşünürler "yönetimin cebir kullanımını usulünce yapılmış hukuk kurallarının yetkilendirdiği tedbirlerle sınırlaması" (Hasnas 2018) bakımından hukukun üstünlüğünün *özgürlüğe hizmet* ettiğini belirtmişlerdir. Gerçekten de, Hayek'e göre, hukukun üstünlüğünün genellik ve gayrişahsilik gibi gerekleri kişileri başkalarının iradesine bağımlılıktan kurtarmak suretiyle bireysel özgürlüğü korur (aynı yönde, bkz. Simmonds 2010). Ayrıca, hukuk kurallarının açık-seçik ve geleceğe yönelik olmaları da bireysel özgürlük için vazgeçilmez olan geleceği öngörebilmeye önemli katkı yapar (Waldron 2016).

Hukukun üstünlüğü öte yandan *insan onuruna saygı*yla da yakından ilişkilidir. Sözgelisi, Lon Fuller kural koyarken "hukukun içsel ahlâkı"nın gereklerine riayet ettiği ölçüde, devletin kişilere eylemlerinden sorumlu tutulabilen ahlâkî fâiller olarak muamele etmiş olacağını ileri sürmüştür: "(İ)nsan kuralları anlayıp izlemeye ve hatalarından sorumlu tutulmaya muktedir, sorumlu bir fâildir, veya olabilir. /[Dolayısıyla] Hukukun içsel ahlâkının ilkelerinden her ayrılış sorumlu bir fâil olarak insanın onuruna bir saldırıdır." (Fuller 1969: 162) Bunun gibi, Joseph Raz da "hukuk insan onuruna saygı demek olacaksa hukukun üstünlüğüne riayet edilmesi zorunludur" demektedir. Raz'a göre, "hukukun insanların gelecekteki gelişmeleri öngörmelerine imkân vermemesi veya insanların mevcut hukuka güvenmelerini ve ona

göre plan yapmalarını teşvik eden istikrar ve belirliliğin ortadan kaldırılması yoluyla hukukun üstünlüğünün bilerek çiğnenmesi insan onurunu ihlâl eder." (Raz 2009: 221-222; aktaran, Hasnas 2018).

Nihayet John Finnis'e göre de, hukukun üstünlüğü insan onurunu destekler, çünkü ancak kendi hayatlarını başkalarının rahatı için yaşamaya zorlanmadıkları ve hukukun üstünlüğü "hayatboyu sürececek bir kimlik yaratmak" için zorunlu olan öngörülebilirlik sağladığı ölçüde bireyler sorumlu fâiller olma onuruna sahip olabilirler (Finnis 1980: 272'den aktaran, Hasnas 2008).

Sonuç olarak, hukukun üstünlüğü bireysel onur, özgürlük ve adalet gibi diğer temel insanî değerleri desteklemesi bakımından son derece önemli olmakla beraber, John Hasnas'ın (2018) da işaret ettiği gibi, bu idealin bütün insanî değerleri temsil ettiğini veya tükettiğini söylemek abartı olur. Söz gelişi hukukun üstünlüğü adalete elbette katkı yapar ama tek başına bu ilke âdil bir toplumun garantisi değildir. Öte yandan, hukukun üstünlüğüne riayet totaliter bir rejimin kurulmasını belki zorlaştırabilir, ama onu tamamen engelleyemez.

F. SİYASİ İDEAL OLARAK HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ

Hukukun üstünlüğünün devlet-vatandaş ilişkilerini eşitlikçi bir temele oturtmayı amaçladığını belirtmiştik. Bu da her şeyden önce devlete bakışımızı değiştirmeyi, onu toplumsal varoluşun birinci ve en üstün ilkesi olmaktan çıkarmayı gerektirmektedir. Hukukun üstünlüğü devlet-merkezli hiyerarşik bir sosyo-politik tasavvurla bağdaşmaz. Başka bir ifadeyle, devletin "aşkın bir gerçeklik" olduğu yerde hukukun üstünlüğü hayat bulamaz (Chevallier 2010: 92).

Devlet-merkezli siyasî tasavvurun standart felsefesi "*hikmet-i hükûmet*" tir. Bu felsefe devletin varlığını sürdürmesini kişilerin hak ve özgürlüklerinin önüne geçirir, bundan dolayı da hak ve adaleti "devletin bekâsı" na ve güvenliğine fedâ etmeye hazırdır. Hukukun üstünlüğü, benzer nedenlerle, geleneksel egemenlik anlayışının da terk edilmesini gerektirir. Çünkü, egemenliği vurgulayan siyasî tasavvur da tepesinde devletin yer aldığı hiyerarşik bir siyasal düzen öngörür. *Egemenlikçi bakış* keza devletin hukuk yaratma tekeli ve bu konudaki sözde sınırsız yetkisini öne çıkarırken, hukukun üstünlüğü devletin "üstün" bir hukukla bağlı olmasını şart koşar ve anayasa ve hukuka dayanmayan herhangi bir kamusal yetkinin veya otoritenin var olamayacağını kabul eder.

Kısaca, *siyasî ideal* olarak hukukun üstünlüğü bir toplumdaki bütün iktidar ilişkilerinin birtakım temel siyasî ilkelere göre düzenlenmesi anlamına gelmektedir (Rijkema 2013). Martin Loughlin'in (2015) ifadesiyle: "Hukuk devletini gerçekleştirmek için hukukun sadece genel ve açık kurallar bütünü olarak kabul edilmesi yeterli değildir. Genel kurallar rejiminin, iktidarı eline geçiren kişinin kuralları kendi yararına kullanmak için manipüle etmesini imkânsız hale getirecek şekilde geliştirilmesini de gerektirir." Böylece, siyasî bir ideal olarak hukukun üstünlüğü anayasaya ve "üstün" bir hukuka bağlı, yurttaşların temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alan, başta bağımsız yargı olmak üzere kamu otoritesini frenleyen denge ve denetim mekanizmalarına yer veren bir *anayasal devleti* öngörür.

Konunun ayrıntılarına geçmeden önce, bu aşamada hukukun üstünlüğünün gereklerini toplu bir şekilde ifade etmek yararlı olabilir. Özetle hukukun üstünlüğü,

- “Hikmet-i hükûmet” düşüncesinden bağımsız olarak oluşturulmuş bir hukuk sisteminin varlığını,
- Herkesin hukuk önünde eşitliğini,
- Hukuk sisteminin yönetimde keyfiliği dışlayacak ve kişilere hukukî öngörülebilirlik ve güvenlik sağlayacak özellikte olmasını,
- Hukuk sisteminin istikrarlı ve yapısal bakımdan âdil olmasını,
- Hukuk sisteminin sivil ve siyasal hakları korumasını,
- Mahkemelerin bağımsız ve tarafsız olmasını,
- Hukuk uygulamasında “usulî hakkaniyet”in ve “doğal adalet”in gereklerinin gözetilmesini (âdil yargılama),
- Hukukun gerek yapısı gerekse uygulaması bakımından diğer evrensel hukuk ilkelerine uygun olmasını gerektirir.

ARAŞTIRMA VE TARTIŞMA SORULARI

1. Hukukun üstünlüğü adalet, özgürlük, eşitlik ve insan hakları gibi diğer değerlerden bağımsız mıdır? Hukukun üstünlüğünün bu değerleri de içerdiği kabul edilirse hukukun üstünlüğü bağımsız bir ilke olma niteliğini kaybeder mi?
2. Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü kavramları arasında bir fark var mıdır? Eğer böyle bir farktan söz edilebilirse bunun kavramın Almanya’da (rechtsstaat) ve İngiltere’deki (the rule of law) tarihsel gelişim süreci ile bir ilgisi var mıdır?
3. Hukukun üstünlüğüne ilişkin formalist (yapısal) yaklaşım ile maddî yaklaşım arasında nasıl bir fark vardır? Hukukun üstünlüğünü anayasacılığın hedefleri ile özdeşleştiren hukukun üstünlüğünü siyasal bir ideal olarak gören yaklaşımın ne gibi mahzurları olabilir?

4. Hukukun üstünlüğünün unsurları nelerdir? Hukukun üstünlüğüne uygun bir devletten söz edebilmek için hangi niteliklere sahip olması gerekir?

OKUMA ÖNERİSİ

Lon Fuller (2016), *Hukukun Ahlâkı*, (Bölüm 2, Hukuku Mümkün Kılan Ahlâk), Çev., Engin Arıkan (Ankara: Tekin Yayınevi), ss. 47-116.

Hasnas, John (2018), “The Corruption of the Rule of Law”, *Social Philosophy and Policy*, Vol. 35, No. 2, ss. 122-30.

Martin Loughlin (2015), “The Apotheosis of an Ambiguity: The Rule of Law in Contemporary Political Discourse”, *Özgürlük Araştırmaları Derneği’nin İstanbul’da düzenlediği Türkiye’de Hukukun Üstünlüğü Konferansı’nda sunulan tebliğ*, 16 Ekim.

Josep Raz (2008), “Hukuk Devleti ve Erdemi”, A.R. Çoban, B. Canatan, A. Küçük (ed.), *Hukuk Devleti: Hukukî Bir İlke, Siyasî Bir İdeal* (Ankara: Adres Yayınları) içinde, ss. 149-168.

Michel Rosenfeld (2008), “Hukuk Devleti ve Anayasal Demokrasinin Meşruiyeti”, A.R. Çoban, B. Canatan, A. Küçük (ed.), *aynı eser*, ss. 211-258.

ÜÇÜNCÜ DERS

HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜNÜN KURUMSAL GEREKLERİ (I)

HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜNÜN EN BAŞTA HUKUK NORMLARININ yapısıyla ilgili birtakım gerekleri bulunduğunu yukarıda görmüştük. Ancak hukukun üstünlüğü idealinin kurumsallaştırılması sadece normatif sistemin değil bütün bir anayasal-hukukî sistemin belli ilkelere göre yapılandırılmasını gerektirir. Şimdi hukukun üstünlüğünün bu kurumsal gereklerini gözden geçirelim.

A. TARAFSIZ, HUKUKA BAĞLI VE ANAYASAL DEVLET

Hukukun üstünlüğü her şeyden önce anayasal bir devletin varlığını gerektirir. Anayasanın üstünlüğü devletin hukuka bağlılığının ilk halkasını oluşturur. “*Anayasal devlet*”, kısaca, siyasî iktidarın kullanımının yazılı ve katı bir anayasa ile sınırlandırıldığı devlet demektir. Anayasa kişilerin temel haklarını güvence altına alır, kamu otoritelerinin yetki alanlarını ve birbirleriyle ilişkilerinin esaslarını belirler. Yazılı bir anayasa devletin hukuka bağlılığının da en başta gelen garantisidir. Bu arada, hukukun üstünlüğünün gereklerine uygun olarak tasarlanmış anayasal bir devlet, daha önce belirtmiş olduğumuz gibi, aynı zamanda demokratik bir rejimin de ön şartı ve vazgeçilmez zeminidir.

Anayasal devlet aynı zamanda *tarafsız* devlettir. Devletin dünya görüşü ve ideoloji bakımından tarafsızlığı hukukun üstünlüğüne bağlı anayasal bir devletin olmazsa olmaz bir şartıdır. Anayasal devletin, şu veya bu inanç, düşünce ve hayat tarzını yurttaşlarına dayatma sonucunu doğuracak bir ideolojik tercihi olamaz. İdeolojik devletin kişiler ile grup veya topluluklar arasında dünya görüşleri ve hayat tarzlarına göre ayırım yapması kaçınılmazdır. Bu arada, ideolojik devlette kanun-yapımı da hukukilik kaygısı güden ilkesel ve teknik bir iş olmaktan ziyade, ideolojik saiklerle hukukun manipüle edilmesi ve yozlaştırılmasıyla sonuçlanan bir etkinliğe dönüşür. Bu sakıncaları önlemek için hukukun üstünlüğüne bağlı bir devletin anayasasının ideolojik tarafsızlığı güvence altına alması gerekir.

Tarafsızlığı somutlaştıran anayasal tercihlerin başında *lâiklik* gelmektedir. Lâik olmayan bir devlet tarafsız olmayacağı gibi, din özgürlüğü dahil olmak üzere genel olarak özgürlüğü de tahrip eder. Daha özel olarak, lâik olmayan bir devlet kişiler ve topluluklar arasında dinî inaçlarına göre ayırım yapar; tercih edilen din veya mezhebin mensuplarını birçok bakımdan kayırırken, başka din veya mezheplere inananlar ile herhangi bir dine inanmayanları mağdur eder. Böyle bir devlet, ayrıca, (resmî olarak veya fiilen) tercih edilen dinî doktrini ve dinsel hayat tarzını bütün bir topluma dayatma eğilimi de gösterir.

B. ANAYASA YARGISI

Kamu makamlarının yetkilerini aşma ve keyfî olarak kullanma eğilimi içinde oldukları evrensel bir gerçektir; işte bu gerçek kamusal yetkilerin kullanımının da sıkı

biçimde denetlenmesini gerektirir. Onun için, hukukun üstünlüğü kamu otoritelerinin hukuka bağlılığını güvence altına alacak mekanizmalara ihtiyaç gösterir. Bu da bütün kamusal işlemlerin, ama en başta kanunların anayasaya uygunluğunun bağımsız yargı tarafından denetlenmesini gerektirmektedir.

Esasen, kanunların ve diğer hukukî düzenlemelerin anayasaya uygun olması yazılı anayasa sisteminin zorunlu bir sonucudur. Şöyle ki: Anayasa varsa ve geçerliyse, ona aykırı bir kanun olamaz; eğer varsa geçersizdir. Ancak, anayasaya aykırı kanunların geçersizliğini fiilen tespit ve ilân edecek bir mekanizmaya ihtiyaç vardır. Böyle bir denetim düzeninin var olmaması halinde devletin hukuka bağlılığı yasama organı bakımından –ama dolaylı olarak bütün hukuk sistemi bakımından da– soyut bir dilek olarak kalabilir.

Kanunların anayasaya uygunluğunun yargı yoluyla denetlenmesi önce Amerikan sisteminde ortaya çıkmış olmakla beraber, günümüzde daha yaygın olan model Avrupa'nın Kelsen'ci modeli veya "*Anayasa Mahkemesi modeli*"dir. Amerika Birleşik Devletleri'nin sisteminde bütün mahkemeler anayasaya uygunluk denetimi yapabilir. Ancak kanunların anayasaya uygun olup olmadığı konusunda son sözü söyleme yetkisi Yüksek Mahkeme'ye aittir. İlginç bir şekilde, Amerikan sisteminde anayasaya uygunluk denetimi yapmak mahkemelere Anayasa tarafından verilmiş bir yetki olmayıp, Yüksek Mahkeme'nin 1803 tarihli *Marbury v. Madison* davası kararında yaptığı yoruma dayanmaktadır.

Buna karşılık, ilk örneğini 1920 Anayasasıyla kurulan Avusturya Mahkemesi'nin oluşturduğu Avrupa modeli anayasaya uygunluğu denetleme yetkisini özel görevli

bir yüksek mahkemeye vermek suretiyle, bu yetkiyi merkezî ve tekeli hale getirir. Bu modelde kanunlar genellikle yürürlüğe girdikten sonra (*a posteriori*) denetlenirler, Türkçede yaygın olarak buna “*düzeltilici denetim*” denmektedir. Buna karşılık, tipik örneğini Fransız Anayasa Konseyi’nin oluşturduğu bir başka sistem “*ön denetim*” esasına dayanır. Bu sistemde kanunlar parlamento tarafından kabul edildikten sonra, fakat cumhurbaşkanı tarafından imzalanıp yayımlanmadan önce denetlenir. Buna ülkemizde “*önleyici denetim*” de denilmektedir.

Anayasaya uygunluğu denetleme yetkisi ister özel yetkili bir mahkeme tarafından isterse bütün mahkemeler tarafından kullanılabilir, bu yolla anayasaya aykırı olan bir kanunun geçersiz kılınması (iptal edilmesi veya uygulanmasının yasaklanması) veya aykırılığın kanunlaşma sürecinden önce önlenmesi anayasanın üstünlüğü aracılığıyla hukukun üstünlüğüne hizmet eder. Daha özel olarak kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin korunması bakımından da vazgeçilmez bir önem taşımaktadır. Ancak, anayasa yargısının gerçekten amacına hizmet edebilmesi için denetimi yapacak mahkemelerin de anayasacılığın amaçlarına uygun biçimde oluşturulmuş olmaları gerekir. Mahkemenin üyelerinin yargıçlık vasıflarına, üstün ahlâkî niteliklere ve yeterli bilgi donanımına sahip kişiler arasından demokratik çoğulculuk esasına göre seçilmiş olması ve mahkemenin tarafsız ve bağımsız hareket etmesine imkân verecek güvencelerle donatılmış olması gerekir. Yoksa, siyasî iktidarla uyumlu olma kaygısıyla hareket ederek anayasaya ve evrensel hukuk ilkelerine aykırı düzenlemeleri meşrulaştırma işlevi gören bir mahkemenin yaptığı sözde anayasallık denetiminin hukukun üstünlüğüne hizmet etmesi beklenemez.

C. İDARENİN YARGISAL DENETİMİ

Devletin hukuka bağlılığı kanunların niteliğiyle olduğu kadar yürütme ve idarenin faaliyetleriyle de ilgilidir. Yürütme ve idarenin faaliyetlerinin denetlenmesi şu bakımdan da önemlidir ki, devletin cebir kullanma yetkisi kendisini en belirgin şekilde bu alanda gösterir. Ayrıca, idarî işlem ve eylemler hukukî ilişkilerimizi, hak ve yükümlülüklerimizi doğrudan doğruya etkileyen sonuçlar doğururlar. Kamu düzen ve güvenliğini sağlamaya dönük kolluk faaliyeti bu konuda en başta gelendir. Ayrıca, yürütmenin vatandaşlara uyguladığı bazı yaptırımlar ceza yaptırımlarına benzer: Yürütme ve idare iktisadî özgürlüklerimizi kısıtlar (işyeri kapatma), menkul mallarımızı istimval gayrimenkullerimizi istimlak eder ve paramızı (para cezası, vergi ve vergi cezaları) kendi tasarrufumuzdan çıkarıp devlet hazinesine aktarır. Bu da gösteriyor ki, temel hak ve özgürlüklere yönelik en ciddi tehditler genellikle yürütme ve idare makamlarından gelir.

Bütün bu nedenlerle, idarî işlevin yerine getirilmesinin hukukî araçları olan idarî işlem ve eylemlerin bağımsız mahkemelerce *hukuka uygunluk açısından* denetlenmesi kesin bir gerekliliktir. Bunun için kullanılan modeller farklı olsa da, hukukun üstünlüğüne bağlı olan bütün devletlerde idarî faaliyet bağımsız yargının denetimine tâbidir. Bu yolla, bir yandan hukuka aykırı idarî işlemler iptal edilirken, öbür yandan idarenin işlem ve eylemleriyle kişilere verilen zararların tazmin edilmesi sağlanmış olur.

D. YARGININ BAĞIMSIZLIK VE TARAFSIZLIĞI

Kamu makamlarının hukuka bağlılığının yargısal yolla denetiminin etkili olabilmesi, her şeyden önce, denetimi yapacak olan mahkemelerin bağımsız ve tarafsız olması

na bağlıdır. Bağımsızlık başlıca iki şekilde sağlanabilir: İlk olarak, mahkemeler yürütme ve yasama organları ile idarî otoritelerden bağımsız olarak örgütlenmeli ve bu arada hâkimlerin mesleğe kabul, görevlendirilme ve disiplin işlerini yine yargı kurumunun kendisi yürütmelidir (*organik bağımsızlık*). İkinci olarak, hâkimlerin görevlerini yerine getirirken bağımsız olmaları, yani başka bir merciden (yasama, yürütme ve idareden, hatta diğer yargı yerlerinden) emir ve talimat almaksızın sadece hukuka ve kendi vicdanî kanaatlerine göre karar verebilmeleri gerekir (*işlevsel bağımsızlık*). Bunlara hâkimlerin görev güvencesine sahip olmalarını (yani, görevden alınamamaları ve aylık ve ödeneklerinden yoksun bırakılmamalarını) da eklemeliyiz.

Yargının tarafsızlığına gelince, bunun da üç yönü vardır. İlk anlamında yargının tarafsızlığı yukarıda açıklanan “devletin tarafsızlığı”nın bir uzantısıdır: Mahkemeler eğer varsa devletin ideolojik tercih ve öncelikleri karşısında da tarafsız olmalı ve hukuku “hikmet-i hükümet”e ve devletin ihtiyaçlarına göre yorumlamaktan kaçınmalıdırlar. Ancak bunun için de, uygun hukukî formasyona sahip olmaları şartıyla, yargıçların en başta görev güvencesine (*hâkim teminatına*) sahip olmaları gerekir. Yargının tarafsızlığı ikinci olarak mahkemelerin görmekte oldukları davanın taraflarından birini diğerine tercih etmemelerini gerektirir. Üçüncü olarak, yargının tarafsızlığı hâkimlerin kendi siyasî-ideolojik görüşleri ile önyargı ve sempatilerini yargısal karar-verme sürecine karıştırmamaları anlamına gelir (*içsel tarafsızlık*). Her üç anlamda da tarafsız olmayan bir yargı “adalet dağıtamaz.”

Yargının bağımsızlık ve tarafsızlığı ile ilgili konuları ileride daha geniş olarak ele alacağız.

ARAŞTIRMA VE TARTIŞMA SORULARI

1. Devletin ideolojik tarafsızlığı ile hukukun üstünlüğü arasında nasıl bir ilişki vardır?
2. Devletin ideolojik tarafsızlığı ne demektir? Laiklik ile ideolojik tarafsızlık arasında nasıl bir ilişki vardır? Gerçekten hiçbir ideolojiyi benimsemeyen bir devlet ve anayasa mümkün müdür?
3. Hikmet-i hükümet ne demektir? Devletin korunması kavramından ne anlıyorsunuz? Vatandaşların temel hak ve özgürlüklerinden bağımsız ayrı bir devlet çıkarı var mıdır?
4. Halkın temsilcileri tarafından çıkarılan yasalar niçin yargıçlarca denetlenmelidir? Niçin halkın temsilcilerinden daha çok yargıçlara güvenmeliyiz? Yargıçlara güvenmeli miyiz?
5. Yargıçların tarafsızlığı ve bağımsızlığı nasıl sağlanabilir? Yargıçlar kararları ve çalışmaları dolayısıyla hesap vermeil midir? Hesap vermeden yargıçların tarafsız karar verdiğinden nasıl emin olabiliriz? Yargıçlar kararları için hesap vermek zorunda kalırsa bağımsız olduklarından nasıl emin olabiliriz?

OKUMA ÖNERİSİ

Mustafa Erdoğan (2019a), *Anayasa Hukukuna Giriş: Genel Esaslar* (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2. b.), Dokuzuncu Bölüm: Anayasa Yargısı.

Jeremy Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, Vol. 115, No. 6 (April, 2006), ss. 1346-1406.

DÖRDÜNCÜ DERS

HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜNÜN KURUMSAL GEREKLERİ (II)

BU DERSTE “HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ”NÜN BİR ÖNCEKİ DERSTE ele almadığımız diğer gereklerini gözden geçireceğiz. Bu gereklerin başında, usulî adalet ve onun kurumsal ifadesi olan âdil yargılama gelmektedir.

A. USULÎ ADALET: ÂDİL YARGILAMA

Âdil yargılama hukukun üstünlüğünün ve adaletin bir gereği olduğu kadar, kişiler için de bir temel haktır. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (m. 6) âdil yargılanmayı kişiler için bir temel hak –ve dolayısıyla devlet için bir ödev- olarak öngörmüştür. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası da 2001 değişikliğinden itibaren “âdil yargılanma”yı (m. 39) kişiler lehine bir hak olarak tanımıştır.

Âdil yargılama en başta en başta, bağımsız ve görev güvencesine sahip “tabî” (veya kanunî) hâkimler tarafından yapılan, hakkaniyete uygun ve tarafsız yargılanma demektir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesine göre, herkes gerek medenî (civil) haklarıyla ilgili uyumsuzluklarla gerekse ceza yargılamasında kendisine yöneltilen suçlamalarla ilgili olarak (1) *kanunla ku-*

rumluş (2) *bağımsız ve tarafsız* bir (3) *mahkeme* tarafından (4) *makul bir süre içinde*, (5) *hakkaniyete uygun* ve (6) *açık (alenî)* olarak yargılanma hakkına sahiptir. Yargılamanın açık olması sadece duruşmaların alenî olması demek değildir; bu ilke, tarafların mahremiyetine saygının gerektirdiği durumlar dışında, dava dosyasına erişimin ilgili herkese açık olmasını da kapsar. Yargılamayı yapacak olan hâkimlerin hem (7) görev güvencesine (*hâkimlik teminatı*) sahip olmaları, hem de uyuşmazlık konusunun (8) “*tabîi hâkim*”i olmaları adalet için vazgeçilmezdir. Keza âdil yargılama için (9) *hak arama yollarının açık ve ulaşılabilir* olması da şarttır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin de işaret ettiği gibi, âdil yargılama ilkesi sadece açılmış bir davanın âdil ve hakkaniyete uygun bir şekilde görülmesini değil, fakat aynı zamanda bir mahkemeye başvurma veya bir mahkeme tarafından yargılanma hakkını da içerir. Dolayısıyla, bir mahkeme önünde hak arama yolunun şu ya da bu şekilde kapatılması veya bu yolun kullanılmasını imkânsızlaştıran şartlara bağlanması Sözleşme’nin 6. maddesine aykırı olur (Gölcüklü & Gözübüyük 2002: 277-78).

Öte yandan, âdil yargılamanın özünü oluşturan «*usulî hakkaniyet*”in de, daha önce açıkladığımız gibi, başlıca üç gereği vardır: eşit muamele, tarafsızlık ve söz hakkı. Böylece, davanın tarafları iddia ve kanıtlarını hakkıyla sunabilecek, özellikle de ceza yargılamasında sanıklar kendilerini yeterince savunabileceklerdir. Âdil yargılama, ayrıca, T. C. Anayasası’nun da (m. 38) öngördüğü gibi, (11) *delil toplamada hukuka uygun usullerin izlenmesi* ve (12) *kişilerin kendileri ve yakınları aleyhine delil göstermeye zorlanmamalarını* da gerektirir. Bütün bu şartlara, (13) *suçsuzluk karinesi*, (14) *suç ve cezaların kanuniliği* ve

(15) *geçmişe yürümezliği*, (16) *ceza sorumluluğunun kişiselliği*, (17) *mahkeme kararlarının gerekçeli olması* ve (18) *aynı fiilden iki defa yargılanmama* gerekleri (7 Nolu Protokol, m. 4) de eklenmelidir.

Âdil yargılamanın bu gereklerinin bir kısmını kısaca açıklamakta yarar var. Kanunların geçmişe yürümezliği ile suç ve cezaların kanuniliği ilkeleri ise ileride Altıncı Derste ele alınacaktır.

1. Hâkimlik Teminatı

Âdil yargılama ancak görev güvencesine (hâkimlik teminatına) sahip olan hâkimler tarafından yapılabilir. Hâkimlik teminatı mahkemelerin görevlerini yerine getirirken bağımsız davranabilmeleri için şarttır. T.C. Anayasası’nun hâkim teminatını düzenleyen 139. maddesine göre, *hâkimler* (ve savcılar) “*azlolunamaz*, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz.” Bu güvence sayesinde hâkimler siyasî ve idarî makamlardan baskı gelebileceği endişesine kapılmadan önlerindeki davayı hukuk ve adalet neyi gerektiriyorsa o şekilde karara bağlayabileceklerdir.

Ancak, 139. maddenin 2. fıkrasından, sadece meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan mahkûm olanlar ve sağlığı mesleği icra etmeye uygun olmayanlar değil, fakat aynı zamanda “*meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler*”in de hâkimlik teminatından yararlanamayacakları anlaşılmaktadır (Bu ibare Hâkimler ve Savcılar Kanunu’nun 44. ve 53. maddelerinde de aynen yer almaktadır). Hangi somut isnada veya suça karşılık geldiği belli olmayan bu istisnanın “sınır ve kapsamı net

olmayan muğlak bir nitelik arz” ettiğine (Yanuk 2014: 191) haklı olarak dikkat çekilmiştir. Dolayısıyla, bu hüküm Türk hukuk sistemi bakımından hâkimlik teminatının değerini azaltmaktadır.

2. Tabîi Hâkim Güvencesi

Bir davanın adalet ve hakkaniyete uygun olarak sonuçlanma şansı, onun uyuşmazlık konusunun “tabîi” hâkimi olan mahkeme veya hâkim tarafından görülmesine de bağlıdır. Ancak T.C. Anayasası bu konuda “tabîi hâkim” yerine “kanunî hâkim”den söz etmektedir. Nitekim, Anayasanın 37. maddesine göre, “hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz.” Görüldüğü gibi, bu hükümde “tabîi hâkim” yerine “kanunî hâkim” deyimini kullanılmıştır. Aynı maddenin 2. fıkrası, bu ilkenin doğal bir uzantısı olarak, bir kişiyi “kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulama”yacağını belirtmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde de “kanunla” kurulan mahkeme ibaresi yer almakla beraber, bu zorunlu olarak “tabîi hâkim” ilkesinden sapma anlamına gelmez. Çünkü, kanun bir uyuşmazlığa “tabîi hâkimi”nin bakmasını öngörebilir.

Buna karşılık T.C. Anayasası kişinin “kanunen tâbi olduğu mahkeme” (m. 37) ifadesiyle mahkemelerin nasıl kurulacağından değil onların görevlerinin kanunla belirlenmesinden söz etmektedir, dolayısıyla burada “tabîi hâkim” ilkesinden bilinçli bir ayrılma sözkonusudur. (Mahkemelerin kanunla kurulması gerektiği Anayasanın ayrı bir maddesinde [m. 142] belirtilmiştir.) Anayasanın kullandığı “kanunen tâbi olduğu mahkeme” ibaresi isabetli değildir; çünkü, “kanunî hakim” terimi “tabîi hâ-

kim” ilkesinin gereklerini her zaman karşılamaz. Elbette “kanunî hâkim” güvencesi de kişilere bir ölçüde öngörülebilirlik ve güvenlik sağlar, ama bazan kanun koyucu bir davayı *konusu olan uyuşmazlığın niteliği gereği -veya “tabiatı icabı”- ona bakması gereken mahkemeden kaçırmayı amaçlamış* olabilir. Bunun tipik bir örneği, kanunun sivil kişilerle ilgili bir uyuşmazlığın askerî bir mahkeme tarafından görülmesini öngörmesi durumudur. Böyle bir düzenlemenin “âdil” olmayacağı açıktır.

3. Suçsuzluk Karinesi

Âdil yargılamanın bir şartı olarak suçsuzluk (masumiyet) karinesi Anayasamızın 38. maddesinde güvence altına alınmıştır. Benzer bir hüküm Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde de (m 6/2 ve 7 Nolu Protokol) yer almaktadır. Anayasamızda belirtildiği gibi, suçsuzluk karinesi *bir suçla itham edilen herkesin suçluluğu bir mahkeme kararıyla hukuka uygun olarak tespit edilinceye kadar suçsuz muamelesi görmesi* demektir. Burada “suçsuz muamelesi görmek”ten kasıt sadece yargılama sürecinde ve yargılama işlemleri bakımından değil, kişinin genel olarak haklarında ve meşru çıkarlarında da bir azal(t)ma olmamasıdır. Bu çerçevede, kamu görevlileri ve kamu otoriteleri suçlu oldukları mahkeme kararıyla tespit edilmiş olmayan kişilerin suçluluğunu ima eden beyanlarda bulunamayacakları gibi, bu kişilerin suçlu olduğu varsayımına dayalı olarak hakları kısıtlanamaz veya haklarından yararlanmalarını engellenemez. Bu arada, yargılama sözkonusu olduğunda, sözgelişi Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’na göre, suçsuzluk karinesi hem suçluluğu ispatlama yükümlülüğünün iddia makamına ait olmasını, hem de şüpheden sanığın yararlanmasını gerektirir (Çavuşoğlu 1994: 39).

4. Makul Sürede Yargılanma

Yukarıda belirtildiği gibi, AİHS (m. 6) davaların “makul bir süre” içinde sonuçlandırılmasını âdil yargılamanın bir gereği saymıştır. Dolayısıyla, davaların makul olmayan şekilde, yani ikna edici biçimde gerekçelendirilemeyen nedenlerle gereksiz yere uzatılması âdil yargılama ilkesinin ihlâli anlamına gelir. Adaletin haksız yere geciktirilmesi, adaletsizlik anlamına gelir. Bu nedenle geciken adalet, adalet değildir denmiştir (“justice delayed, justice denied.”). *Makul süre*, davanın taraflarına ilâve maliyetler yüklemeyecek ve sonunda mahkeme hakkını teslim etmiş olsa bile, davanın uzaması yüzünden kişinin bundan gereğince yararlanmasını engellemeyecek bir süre olarak tanımlanabilir. Bu arada, T.C. Anayasası da davaların “mümkün olan süratle sonuçlandırılması”nı (m 141/son) mahkemelere bir görev olarak yüklemektedir.

5. Savunma Hakları ve “Silâhların Eşitliği”

Geniş anlamda savunma hakları ceza hukukunda şüpheli ve sanığın savunmasıyla olduğu kadar, hukuk davalarında davalının karşı iddialarını ileri sürebilmesiyle de ilgili bir konudur. T.C. Anayasasının 36. maddesinde herkesin “meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma” hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

Ceza davaları söz konusu olduğunda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesi sanık haklarının ayrıntılı bir listesini vermiştir: kendisine hangi suçlamanın yöneltildiği hakkında gerekçesiyle birlikte sanığa anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak bilgi verilmesi, savunmasını hazırlaması için gerekli zamanın tanınması ve kolaylıkların sağlanması; sanığın kendisini doğrudan doğruya veya

bir temsilci aracılığıyla savunması, bir avukat tutamıyorsa veya adalet gerektiriyorsa mahkemenin görevlendireceği bir avukatın ücretsiz yardımından yararlanması; savcılığın tanıklarını bizzat sorgulamak veya sorgulatmak, kendi tanıklarının iddia makamının tanıklarıyla aynı şartlar altında çağrılmasının ve dinlenilmesinin sağlanmasını istemek ve son olarak duruşma sanığın anlamadığı veya konuşamadığı bir dilde yapılıyorsa ücretsiz tercüman yardımından yararlanmak bunlar arasındadır.

Öte yandan, özellikle ceza davalarında âdil bir sonuca ulaşılabilmesi sanıkların kendilerini bihakkın savunabilmelerine bağlıdır. Bu ise, başka şeyler yanında, davanın taraflarının “söz hakkı” bakımından eşitliğini, daha somut olarak savunma makamının iddia makamındaki savcıyla *her bakımdan eşit konumda* olmasını gerektirir. Sanık ve/veya avukatının savcının iddialarını sorgulayabilme, delillere ulaşabilme, tanıkları sorgulayabilme ve genel olarak mahkemeden gördüğü muamele bakımlarından iddia makamıyla eşit konumda olması “*silâhların eşitliği*”nin başlıca gerekleri arasındadır. Ayrıca, tarafların eşitliğinin mahkemenin düzeni ve genel görüntüsü bakımından da sağlanması gerekir.

6. Yargı Kararlarının Etkililiği

Yargı kararlarının etkili olması şüphesiz onların genel olarak bağlayıcı olmalarına ve uygulanmalarına bağlıdır. Nitekim, Anayasanın 138. maddesinde (son fıkrası), bu ilkenin bir gereği olarak, “(y)asama ve yürütme organları ile idare mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez” denmektedir.

Yargı kararlarının etkililiği bu kararların “kesin hüküm” (res judicata) niteliğinde olmalarının doğal bir sonucu olarak da görülebilir. Mahkemelerden oluşan yargı sistemi hukukî uyuşmazlıkları nihaî olarak çözmek suretiyle kesin hüküm tesis etme yetkisine sahiptir. Bir yargısal kararın kesinleşmesi demek, onun mahkemeler dahil olmak üzere hiçbir merci veya makam tarafından değiştirilememesi ve uygulamaktan alıkonamaması demektir. Bu durum yargı kararlarının –prensip olarak- etkililiğinin garantisini oluşturur. Anglo-Amerikan sisteminde kesin hüküm, bir mahkemenin yetkisi dahilinde verdiği nihaî kararın daha sonraki aynı nedene dayalı davalardaki ilgili taraflar için de bağlayıcı olmasını ifade eder (Gifis 1998: 423).

Yargı kararlarının etkililiği yargılamanın âdil olmasını doğal bir sonucu olduğu kadar, mahkemelerin adalet dağıttıkları inancının da bir gereğidir. Gerçekten de eğer yargılama âdil bir şekilde yürütülmüş ve sonuçlandırılmışsa, bu doğal olarak mahkeme kararlarının etkililiğini artıracaktır. Öte yandan, eğer mahkeme kararlarına uyulmuyor veya gereklerinin yerine getirilmesi sarsaklanıyor ise, bu insanları yargı kararlarının etkili olmadığı düşüncesine sevk edebilir ve mahkemelerin fiilen “adalet dağıtamadıkları” anlamına gelir.

7. Mahkeme Kararlarının Gereççeli Olması

Âdil yargılama mahkemelerin kararlarının gereççeli olmasını gerektirir. Yargı kararlarının gereççeli olması ilkesi T.C. Anayasası (m 141/3) tarafından şu şekilde belirtilmiştir: “Bütün mahkemelerin her türlü kararları gereççeli olarak yazılır.” Gereççe, mahkemenin verdiği bir kararın, somut olayın özellikleri çerçevesinde neden hukukun gereği olduğunun hukukî muhakeme tarzına

uygun, akılcı bir açıklamasıdır. Uyuşmazlığı çözen son karar sözkonusu olduğunda gerekçe somut durumda “hukuk”un ne olduğunu gösterir.

Gereççe, “mahkemenin, tarafların arasındaki uyuşmazlığı çözen ve o somut durumda hukukun ne olduğunu gösteren, hukukî muhakeme tarzına uygun olan açıklamasıdır.” (Erdoğan 2019b: 214) Bu açıklamanın, kararın hüküm fıkrasında belirtilen sonuca götüren akıl-yürütmenin davanın konusunu oluşturan somut olay ve olgular ile tarafların iddia ve kanıtlarının dikkatli bir değerlendirilmesine dayandırılması gerekir. Gereççeli kararın temeli, AİHM’nin bir kararında da belirtildiği gibi, bireyleri keyfilikten korumaya ilişkin daha genel ilkede bulunmaktadır. Onun için, âdil yargılama açısından, mahkeme kararı davacının olgusal ve hukukî iddialarının esaslı unsurlarını cevaplamaya yetecek nedenler/gereççeler içermelidir (*Ruiz Torija v. Spain*, p. 29-30). Gereççe, öte yandan, onur sahibi kişiler olarak davanın taraflarına mahkemenin borçlu olduğu bir şeydir. Esasen, bir hukuk sisteminin değeri, onun sadece kurallarında değil kurumlarında da “rasyonel birer fâil olarak kişilere gerekli saygıyı somutlaştırması”nda (Campbell 2001: 34) yatar.

Mahkeme kararlarının gereççeli olması hem yargılama işinin doğası gereğidir, hem de mahkemenin tarafsızlığının bir göstergesidir. Gereççe yargısal kararın hukukî dayanaklarını öncelikle davanın tarafları ve kararın muhatapları olmak üzere herkese ilân eder. Kararların gereççelendirilmesi zorunluluğu bu yönüyle hukukun herkese eşit uygulanmasının güvencesini de oluşturur. Davayı kaybeden tarafın bile mahkemenin kararını okuduğunda onda hukukî bir değer ve bir ikna edicilik bulması gerekir. Aksi halde kişilerin mahkeme kararlarına olan güveninde ciddî bir sarsılma ve genel olarak

adalet sisteminde önemli ölçüde bir yıpranma meydana gelebilir. Ayrıca, mahkeme kararlarının gerekçeli olması onların üst mahkemelerce denetlenebilmesi bakımından gerekli olduğu gibi, karar gerekçelerinin aleniyeti de onların kamuoyu tarafından denetimini mümkün kılar.

Ancak, Türkiye’de çokça yapıldığı gibi, olayları ve pozitif hukuk kurallarını ardarda sıralamaktan ibaret açıklamalara “gerekçe” denemeyeceği açıktır. Gerekçeden beklenen faydanın sağlanabilmesi, basma kalıp genel formüllerin kararlarda tekrarlanmasıyla değil, soyut hukuk kurallarının somut olay ve olgulara uygulanmasıyla ulaşılabilecek sonucun tündengelim mantıksal yöntemiyle kararda açık bir şekilde gösterilmiş olmasıyla mümkündür.

B. KORUYUCU TEMEL HAKLAR

Yukarıda İkinci Ders’te hukukun üstünlüğünün maddî değil, esas olarak şeklî-usulî bir ilke olduğunu açıklamıştık. İlk bakışta, bu perspektif kendi başına bir değer olan insan haklarının hukukun üstünlüğünün bir gereği sayılmasıyla bağdaşmaz görünmektedir. (Anayasal-demokratik bir devlet elbette insan haklarını bağımsız bir değer olarak garanti etmek durumundadır; ancak bu, insan haklarının hukukun üstünlüğünün kapsamı içinde görülmesinden tamamen farklı bir şeydir.) Çünkü günümüzde hâkim olan anlayış insan haklarının genel olarak (devlete ve başka kişilere yönelik) maddî taleplerle ilgili olduğunu varsaymaktadır. Bununla beraber, insan haklarının yapısı üzerinde daha dikkatlice düşünmemiz halinde, insan haklarının “şeklî hukukun üstünlüğü” anlayışıyla bağdaşmazlığına ilişkin bu varsayımı kısmen de olsa aşmanın bir yolunu bulabiliriz.

Şöyle ki: Günümüzde gerek ilgili evrensel belgelerde, gerekse uluslararası ve ulusal hukukî-siyasî söylemde “insan hakları” olarak anılan talep ve iddialar yapısal bakımdan türdeş değildir. Bu ana başlık altında aslında üç farklı hak grubu yer almaktadır: koruyucu haklar¹, katılma hakları ve refah hakları. İlk gruba sivil haklar ve özgürlükler, ikincisine siyasî haklar, üçüncüsüne ise sosyal haklar girmektedir. Sosyal haklar, diğer haklardan farklı olarak, toplumdaki varlıkların yeniden dağıtımını öngörmeleri ve kişilere belli bir içeriği garanti etmeleri bakımından şeklî değil maddî nitelikteki haklardır. Dolayısıyla, bu hakların hukukileştirilmesi başka gerekçelerle temellendirilebilirse de, şeklî-usulî bir ilke olan hukukun üstünlüğüyle temellendirilemezler. Siyasî hakların anayasallaştırılması da hukuk önünde eşitlik yoluyla kısmen hukukun üstünlüğüne dayandırılabilirse de, bunlar daha ziyade demokrasi ilkesiyle temellendirilebilirler.

Buna karşılık *sivil hak ve özgürlükler* büyük ölçüde dokunulmazlık haklarıdır; kişi dokunulmazlığı ve âdil yargılanma hakkı gibi. Bu haklar genellikle kişilere belli bir maddî içeriği garanti etmek yerine, onları (başta devletten gelen olmak üzere) *haricî keyfî müdahalelere ve iktidarın haksız muamelelerine karşı korurlar*. Bu nedenle, “koruyucu” sivil haklar kişilere maddî avantajlar sağlamak yerine onlara esas olarak dokunulmazlık güvenceleri sağlamaları bakımından, bunları (şeklî) hukukun üstünlüğünün bir gereği saymak tutarsızlık olmaz. Bundan dolayı, hukukun üstünlüğü kişilerin sivil hak ve özgürlüklerinin devlet tarafından kesin güvence altına alınmasını ve bunlara fiilen riayet etmesini gerektirir.

¹ Burada kullandığımız “koruyucu haklar” terimi daha önce “özgürlük ve dokunulmazlık hakları” olarak adlandırdığımız haklar kategorisine karşılık gelmektedir. Bkz. Erdoğan 2018: 179-180.

C. HUKUKUN EVRENSEL İLKELERİ

Hukukun üstünlüğü bağlamında “doğru anlamda hukuk” veya “üstün hukukîlik” dediğimizde, hukukun uygun olması istenen bazı “üst” değer veya standartlara zımnî atıf yapıyoruzdur. Bu standartlar aynı zamanda hukuku evrensel kılan özelliklerdir. Bu durumda, kamu otoritelerinin gerek hukukun yapımında gerekse uygulanmasında “hukukun evrensel ilkeleri”ne riayet etmeleri hukukun üstünlüğünün başka bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır.

Hukukun evrensel ilkeleri (veya Türkçede zaman zaman dendiği şekliyle: “genel hukuk ilkeleri”) esas olarak mahkeme içtihatlarıyla geliştirilmiştir. Bir ülkede doğru anlamda hukukun var olup olmadığını anlamının en pratik yolu, orada kuralların yapımında ve uygulanmasında “hukukun evrensel ilkeleri”ne riayet edilip edilmediğine veya ne ölçüde riayet edildiğine bakmaktır. Çünkü, “hukuk” denen şeyin özü bu ilkelere yansıyan değerlerdir. Aslında “*hukuk nosyonu*”ndan söz ettiğimizde kast ettiğimiz de esas olarak budur. Aynı anlamda olmak üzere bazan “*evrensel hukuk*” ifadesi de kullanılır.

Ancak, evrensel hukuk, dünyadaki hukuk sistemlerinin içerdiği normların toplamı veya hatta onların hülâsası demek değildir. Bu terimdeki “evrensel” sıfatı hukuku evrensel kılan özelliğe veya bir normatif sistemi “hukuk” olarak adlandırmamızı mümkün kılan evrensel-ortak öze işaret eder. Evrensel hukuku, hukukun evrensel ilkelerine bakarak bulabiliriz. Bu ilkelerin evrenselliği, varlıklarının belli bir hukuk sistemine bağlı olmaması anlamına gelmektedir. *Bu ilkeler bütün medenî ülkelerin hukuk sistemlerinin altında yatan anlayış ve değerleri yansıtmaktadırlar* (Erdoğan 2017: 176).

Hukuk dilinde “ilke” ve “kural” terimleri zaman zaman yanyana veya birbirinin yerine kullanılmakla beraber, bu ikisinin mahiyeti tamamen farklıdır. İlke, belli bir temel değer korunmasına ilişkin genel ve soyut bir gereklilik veya talebi anlatır. Bu niteliği dolayısıyla, kuraldan farklı olarak ilke somut bir hukukî soruna otomatik bir cevap vermez. Ayrıca, ilkeler birbiriyle çatışabilirler (Ratnapala 2009: 175).

Oysa hukuk kuralları kişilerin hukukî durumlarını ve genel olarak hukukî ilişkileri doğrudan doğruya etkileyen normatif gereklilik belirten önermelerdir. İlkeler genel bir yön belirtirken, kurallar somut bir davranış tarzını öngörürler. Dolayısıyla, hukuk normlarına dönüştürülmedikleri sürece, ilkeler genellikle doğrudan doğruya uygulanabilir nitelikte değildirler ve daha çok hukuk uygulayıcısının yorum faaliyetine kılavuzluk ederler.

Ulusal ve uluslararası çeşitli yargı organları bugüne kadar çok sayıda evrensel hukuk ilkesi “keşfetmiş” ve/veya formüle etmişlerdir. Bunların başlıcalarını şu şekilde belirtebiliriz: Özgürlük karanesi, iyi niyetin korunması, ahde vefa, kazanılmış haklara saygı, hakların kötüye kullanılmaması, kanunların geçmişe yürümezliği, aynı fiilden iki kere yargılama yasağı, kimsenin sahip olduğu haklardan fazlasını devredemeyeceği, haksız olarak verilen zararın tazmini, sorumluluğun kusura dayanması, kesin hükme saygı, hak arama özgürlüğü, suçsuzluk karanesi, savunma haklarına saygı, kimsenin kendi davasında yargıç olamaması, idarenin kanuniliği, idarenin takdir yetkisinin sınırlılığı, ölçülülük.

Görüldüğü gibi, bu ilkelerin bir kısmı usulî, bir kısmı da maddî niteliktedir. Evrensel hukuk ilkelerinin uygu-

lanabilmeleri için, çoğu zaman, hukuk normları halinde somutlaştırılmaları gerekir. Nitekim, bu ilkelerin birçoğu aynı zamanda muhtelif hukuk düzenlerinde pozitif kurallar haline de dönüştürülmüştür. Bir hukuk ilkesi açık-uçludur ve duruma göre birden çok kural halinde somutlaştırılabilir.

ARAŞTIRMA VE TARTIŞMA SORULARI

1. Adil Yargılanma hakkının unsurları nelerdir? Hukukun üstünlüğü açısından adil yargılanma güvencelerinin önemi nedir?
2. İnsan haklarına saygı ile hukukun üstünlüğü arasında nasıl bir ilişki vardır? Hukukun üstünlüğü insan haklarına saygıyı kapsar mı? Neden?
3. Hukukun evrensel ilkelerine uygun bir hukuk düzeninden ne anlaşılması gerekir? Hukukun üstünlüğüne dayanan bir devlet evrensel hukuk ilkelerini yasalaştırmalı mıdır?

OKUMA ÖNERİSİ

Sibel İnceoğlu (2008), İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılama Hakkı (İstanbul: Beta, 3. b.)

Mustafa Erdoğan (2017), *Hukuk ve Adalet* (Ankara: Hukuk Yayınları).

BEŞİNCİ DERS

HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ AÇISINDAN YASAMA

DEVLETİN ÖRGÜTLENİŞ VE İŞLEYİŞİNİ BELİRLEYEN GENEL BİR ilke olarak hukukun üstünlüğünün, diğer alanlar yanında, elbette yasama işleviyle ilgili de birtakım gerekleri vardır. Bu gereklilikler esas olarak yasama yetkisinin niteliği ve sınırları ile yasama sürecinin yapısıyla ilgilidir. Kanunun “moral (manevî) otoritesi” sorunu dışındaki, başta kanunların yapısal özellikleri olmak üzere diğer ilgili konu ve sorunlar ise gelecek derste ele alınacaktır.

A. YASAMA YETKİSİNİN SINIRLILIĞI

Açıktır ki, hukukun üstünlüğüne bağlı bir devlette, hiçbir kamusal yetki, bu arada yasama yetkisi de sınırsız olamaz. Diğer devlet organ ve kurumları gibi yasama organı da “üstün hukuk”un gerekleriyle ve yazılı anayasa ile bağlıdır. Burada “üstün hukuk” kavramını İkinci Derste açıkladığımız anlamda ve hukukun evrensel ilkelerini de içerecek şekilde kullanıyoruz. Yasama yetkisinin “egemen halk”ı temsil eden parlamentoya ait olması, bazan düşünüldüğünün aksine, bu yetkinin hiçbir kısıtlamaya tâbi tutulamayacağı anlamına gelmez. Öte yandan yasama organı elbette evrensel hukukla uyum-

lu olması gereken anayasanın öngördüğü sınırlarla da bağlıdır.

Kısaca, yasama organı meşruluğunu halka dayanmasından alırsa da, yetkisini halktan değil hukukun üstünlüğünün gerekleriyle uyumlu bir anayasadan alır. [Anayasal-demokratik bir devlette bu ilke şüphesiz sadece yasama için değil bütün kamu otoriteleri için geçerlidir.] Ne var ki, günümüz demokrasilerinde bu genel ilke, bir yandan halk veya millet egemenliği fikrinin baskısı altındadır, öbür yandan da aktivist yargıçların yozlaştırmasına açıktır.

1. Halk Egemenliği ve Hukukun Üstünlüğü

Hukukun üstünlüğünün yasama işlevi için öngördüğü sınırlar bugün “halk egemenliği” düşüncesinin meydan okumasına maruzdur. Klasik-mutlakiyetçi egemenlik anlayışının hukukun üstünlüğüyle bağdaşmadığına daha önce işaret etmiştik. Ne var ki, aşağı yukarı son iki yüzyıldır demokratik egemenlik anlayışına geçmiş olmamız egemenlikle hukukun üstünlüğü arasındaki bağdaşmazlığı ortadan kaldırmamış, aksine onu değişik bir şekil altında devam ettirmiştir. Şöyle ki: Demokrasi bir devlette kamu işleri hakkında son ve en üstün sözü söyleme yetkisinin “halk” veya “millet” olarak anılan yurttaşlar topluluğunda olmasını gerektirmektedir. Bu ise parlamentoların, “halk (millet) egemenliği”ni temsil ettikleri için yetkilerinin sınırsız olduğu iddiası gütmelerine yol açmıştır. Başka bir deyişle, “egemen” parlamentolar anayasayı, evrensel hukuku ve insan haklarını çiğneme pahasına -aynen mutlak krallar veya padişahlar gibi- istedikleri her şeyi kanun yapabileceklerine dair yanlış bir fikrin etkisi altına girmişlerdir.

Böylece, “*milletin iradesinin üstünde hiçbir güç yoktur*” mottosunun arkasına saklanan “demokratik” çoğulluklar hem genel olarak hukuku ve anayasayı yok sayabilmekte, hem de yasama sürecini kendi partilerinin tekeline alarak onu yozlaştırabilmektedirler. Demokrasi teorisinde yeri olmayan bu “*millî irade*” miti özellikle Türkiye’de gerek sıradan yurttaşların gerekse siyasetçilerin zihinlerinde yerleşiktir. Sadece yanlış değil aynı zamanda tehlikeli de olan bu anlayışın altında, “halkı” gerçek irade sahibi bireylerden meydana gelen kavramsal bir bütün olarak değil de, tek tek bireylerin tercih ve iradelerinden ayrı, kendi bağımsız iradesi olan kolektif bir özne olarak görmek yatmaktadır. Bu ise, aynı zamanda, halka veya millete atfedilen kurgusal tekil iradeyi temsil etme iddiası güden bir siyasî ekibin veya liderin hukuk ve anayasa tanımayan, keyfi ve baskıcı yönetimine de dayanak oluşturabilmektedir. Günümüzde yasama organlarından sadır olan anayasaya aykırı ve “hukuksuz” yasaların arkasında böyle bir düşünce vardır.

2. Anayasa Yargısı ve Yargısal Aktivizm

Anayasa yargısının hukukun üstünlüğüne bağlı bir devletin gereği olduğunu daha önce görmüştük. Diğer kamusal işlemler gibi kanunların da anayasaya, insan haklarına ve evrensel hukuka uygunluğunun bağımsız bir mahkeme veya mahkemeler tarafından denetlenmesi hukukun üstünlüğü bakımından elbette vazgeçilmezdir. Ne var ki, özellikle anayasa yargısı sözkonusu olduğunda, yargıçların kendi rollerini kavrama biçimi sadece demokratik ilkeyle değil, yer yer hukuk devletiyle de bağdaşmayan sonuçlar ortaya çıkarabilmektedir.

Burada kastettiğim, “yargısal aktivizm” veya “*müdahaleci yargı*” denen eğilimdir. Müdahaleci yargının demok-

rasi ilkesiyle neden bağdaşmayacağını anlamak kolaydır. Çünkü, müdahaleci bir anayasa mahkemesi demokratik çoğunluğun tercihlerinin yerine kendi siyasî-ideolojik tercihlerini geçirme konusunda oldukça istekli ve aktiftir. Bu aktivist-politik tutumun, kısaca kamu siyasetine ilişkin temel kararların halk veya temsilcileri tarafından alınmasını gerektiren demokrasiye aykırı olduğunda kuşku yoktur.

Ama yargısal aktivizmin bu derslerin asıl konusunu oluşturan hukukun üstünlüğü açısından da istenmedik sonuçlar yaratabileceği genellikle gözden kaçırılmaktadır. Çünkü, daha önce de gördüğümüz gibi, hukuk devleti veya hukukun üstünlüğü kişilerin eylem ve işlemlerinde hangi kurallara tâbi olacaklarını önceden bilmelerini gerektirir. Oysa, aktivist yargıçlar kanunları anayasal ve hukukî sınırları zorlayarak kendi indî kanaatlerine göre geçersiz kıldıklarında veya onları “yorum yoluyla” değiştirdiklerinde sadece demokratik çoğunluğun siyasî tercihlerini etkisizleştirmiş olmaz, fakat aynı zamanda *anayasal ve hukukî* sistemde *belirsizlik* de yaratmış olurlar. Hukukî belirsizlik ortaya çıkar, çünkü, aktivist yargı pratiğinde hem anayasa mahkemesinin kararını belirleyen, anayasa ve hukuktan ziyade yargıçların siyasî kanaat ve takdirleri olmakta, hem de kişilerin mahkeme karar verinceye kadar belli bir konudaki kuralın ne olduğunu bilme şansları ortadan kalkmaktadır.

B. YASAMA SÜRECİNİN YAPISI

Yasama sürecinin yapısı ve işleyişi bu süreçten çıkan kanunların hukukun üstünlüğünün gereklerine uygunluk derecesini belirleyen etkenlerden biridir. Günümüzde kanunun sâlim aklın (right reason) ifadesi anlamında *te-*

mel bir norm olduğu düşüncesinin iyice zayıflamış olmasında, yasama organının bu kamusal işlemleri hızlı bir şekilde, aceleye getirerek yapmasının ve sık sık değiştirmesinin katkısı büyüktür. Bu durum ülkemiz sözkonusu olduğunda daha da önem taşımaktadır.

Gerçekten de Türkiye’de, başka etkenler yanında, yasama sürecinin işleyiş biçimi “kanun” adı altında yapılan kamusal işlemlerin gitgide doğruluk ve adaletten uzaklaşmasına ve TBMM’deki çoğunluğun kamu yararına uygunluğu şüpheli özgül çıkarlarının somut tezahürleri olarak ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Kanunların, iktidara veya muhalefete mensup olanlarıyla bütün milletvekilleri tarafından doğru-dürüst tartışılıp *müzakere edilmeden*, adeta çoğunluğun oldu-bittisi şeklinde kabul edilmesi hukukilik kaygısının yasama sürecinden dışlandığının başka bir göstergesidir. Bu durum kanun tasarı ve tekliflerinin hazırlanma aşamasındaki katılım eksikliği ve bilgi yetersizliği bakımından da söz konusudur.

Kısaca, şeklî anlamda kanunların maddî anlamda da kanun olmalarını garanti edemesek bile, hiç değilse bu ihtimali artırmak için yasama sürecinin *kamuoyunu bilgilendirici* mekanizmaları içerecek ve gerek kamusal gerekse milletvekili *katılımını artıracak* şekilde yeniden düzenlenmesine ihtiyaç vardır. Bu bağlamda ihtiyacımız olan şey, kanun yapımı sürecini kamunun, partilerin ve milletvekillerinin düşünüp-tartışmasına imkân vermek üzere yavaşlatmak, daha temelde akla gelen her konuyu kanunla düzenleme alışkanlığından (“yok kanun, yap kanun” anlayışından) kendimizi kurtarmaktır. Yurttaşlarda ve siyasî partilerde buna uygun bir zihniyet ve davranış dönüşümünü kısa vadede gerçekleştirmek mümkün olmasa da, hiç değilse Meclis İçtüzüğüne çok

ciddî bir revizyona tâbi tutarak bu amaca bir ölçüde hizmet etmek mümkün görünmektedir.

Kanun yapımını bu şekilde daha soğukkanlı yürüten, ciddî ve ağırbaşlı bir tezekkür-tefekür işine dönüştürmek için yasama organını çift-meclisli hale getirmeyi de düşünmemiz gerekebilir. Böylece, daha donanımlı ve tecrübeli kişilerden oluşacak bir tür “âkiller heyeti” niteliğindeki ikinci bir Meclis sayesinde, yasama süreci belki günübürlük düzenlemeler yerine sahici kanunlar (“kanun gibi kanunlar”) üretebilir. Bu arada belirtmek gerekir ki, genellikle sanıldığı aksine, uzmanlar ve âkiller heyeti özelliği taşıyan ikinci bir meclisin (senatonun) demokratik olmayan bir şekilde oluşturulması da zorunlu değildir.

C. KANUNUN “MORAL OTORİTESİ” VE YASA

Yasama sürecinin yapı ve işleyişi bu sürecin üreteceği kanunların moral (manevî) otoritesiyle yakından bağlantılıdır. Temsilî yönetim fikrinin ve demokratikleşmenin gelişmesinin bir sonucu olarak, hukuk yapımında “egemen” parlamentolar öne çıkmıştır. Böylece, günümüzde hukuk esas itibarıyla yasama meclisleri tarafından çıkarılan «kanun»lar ile yürütmenin “yetki devri”ne dayanan kanuna eşdeğer (“kanun hükmünde kararname” ve benzeri) işlemler ve kanunlara dayanarak çıkardığı “düzenleyici işlemler”den oluşmaktadır. Aynı gelişmenin başka bir sonucu da, doğruluk (veya haklılık) ve değişmezliği çağrıştıran geleneksel “kanun” fikrinin gitgide anlamını ve moral otoritesini yitirmesi olmuştur.

Kanun kavramı geleneksel olarak hem insan iradesinden bağımsız bir objektif gerçeklik hem de doğruluk fikirlerini çağrıştıır. Yine bu anlayışta kanun *değişmez*

bir temel norm düşüncesini ima eder. Toplumsal alan sözkonusu olduğunda, insan davranışını yöneten bu tabii kanunlar insan iradesinden bağımsız olsalar da, akıl yoluyla kavranabilir ve keşfedilebilir sayılırlar. Bu kanunlar “tabii” olsalar da, insanlık durumunun gereklerine karşılık geldikleri için moral otoriteye de sahiptirler. Dolayısıyla, pozitif hukukun bu zorunlu kanunlarla uyumlu bir şekilde oluşturulması beklenir.

Bu arada, insan davranışını düzenleyen kanunların moral otoritesinin bir kaynağı da, bunların yukarıda belirtildiği şekilde soğukkanlı ve derinlemesine düşünüp-taşınma sonucu olarak kararlaştırılmalarıdır. Bu anlayış açısından, bir yandan doğruluk ve haklılık kaygısı gütmeyen, öte yandan sahici bir müzakere sürecinin ürünü olmayan-başka bir ifadeyle “akıl” yerine “ irade” ürünü olan- kanunlar doğru anlamda kanun sayılmazlar. Böylece, moral otoritesi son derece zayıf olan bu irade açıklamalarına belki kanun değil de -Türkçeye özgü bir terimle- “yasa” dememiz gerekir. Kanu âdeta doğru olduğu için yasama organının zaten yapması gereken bir normu çağrıştıran; “yasa”yı karakterize eden, sadece onun yasama organı tarafından yapılmış olmasıdır. Böylece, âdeta kanun “aklı” ve adaleti, buna karşılık yasa ise “irade”yi temsil etmektedir.² Şöyle de denebilir: *Bugün yasama organları kanundan çok “yasa” yapıyorlar.* Oysa, hukuku moral otoriteyle donatmak istiyorsak, TBMM’nin artık yasadan çok sahici anlamda kanun yapması gerekiyor.

ARAŞTIRMA VE TARTIŞMA SORULARI

1. Egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olması hukukun üstünlüğü fikri ile uyumlu mudur?

2 “Kanun” ve “yasa” ayrımı konusunda ayrıca bkz. Erdoğan (2019).

2. Demokratik yasama organının yasama yetkisi üzerinde ne tür sınırlamalar mümkündür.
3. Kanunun “akıl” ürünü olması ile “irade” ürünü olması arasında nasıl bir fark vardır?

OKUMA ÖNERİSİ

Mustafa Erdoğan (2019), “Hukuk, Kanun, Yasa(ma)”, *Pasalar Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl 1, N0. 1, ss. 37-49.

Friedrich A. Hayek (2013), *Özgürlüğün Anayasası*, çev., Yusuf Ziya Çelikkaya, (Ankara: Bigbang Yayınları), Bölüm 10. Yasa, Emirler ve Düzen, ss. 233-252).

ALTINCI DERS

HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ AÇISINDAN KANUNLAR

HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜNÜN HUKUK SİSTEMİNİN ASLÎ UNSURU olan kuralların yapıları bakımından uygun olmaları gereken bazı standartlar öngördüğünü ve bu standartların tipik bir anlatımının Lon Fuller’ın “hukukun içsel ahlakı”na ilişkin teorisinde ifadesini bulduğunu önceki derslerde açıklamıştık. Modern anayasal-demokratik sistemlerde hukuk büyük ölçüde parlamentoların yapıkları kanunlardan oluşmaktadır. Onun için bu Derste, hukukun üstünlüğüne uygun olarak, kanunları –Friedrich A. Hayek’in önerdiği deyimle- “âdil davranış kuralları” olarak ele alacak ve onların bu sıfatla taşımaları gereken diğer özellikleri gözden geçireceğiz.

A. ÂDİL DAVRANIŞ KURALLARI OLARAK KANUNLAR

Friedrich A. Hayek hukukun üstünlüğünün gerektirdiği türden kuralları “âdil davranış kuralları” olarak adlandırmış ve bu kuralların başlıca genel, soyut ve gayrişahsî nitelikte olmaları gerektiği üstünde durmuştur. Esasen, hukuk kurallarının genel ve soyut olmaları gerektiği çağdaş hukuk doktrininde ve bu arada Türkiye’de genel kabul gören bir görüştür. Hayek’e göre, âdil davra-

nüş kuralları niteliğindeki kanunlar kişilere belirlilik ve öngörülebilirlik sağlamaları ve ayrıca amaçtan bağımsız olmalarıyla bireysel özgürlüğün zeminini oluştururlar.

1. Kanunların Genellik ve Soyutluğu

Hukuk kuralının ilk olarak genel nitelikte olması gerekir. *Genellik* kuralın şu veya bu belli kişilere veya kişi gruplarına değil de ilgili herkese hitap etmesi anlamına gelir. Aslında, genel olmayan bir önerme zaten kural değil, olsa olsa emir olabilir (Hayek 2013: 241). “Benzer durumlara benzer davranılması” ancak kuralların genel nitelikte olmalarıyla mümkündür. Yaygın anlayışa göre, “benzer durumlara benzer davranılması” tarafsızlığı sağlamak suretiyle ayrımcılığı önler ve böylelikle adalete hizmet eder. Ancak belirtmek gerekir ki, eğer kuralın kendisi maddî anlamda (içeriği bakımından) âdil değilse, onun tarafsız uygulanmasının adil sonuç doğuracağı da söylenemez.

Öte yandan, kuralların genelliği her hukuk normunun öznesinin “herkes”, yani bütün kişiler, hatta yurttaşlar olması gerektiği anlamına gelmez. Çünkü insanlar bazı özellikleri bakımından birbirine benzerken, bazı bakımlardan da birbirlerinden farklılaşırlar. Benzerlik nasıl ki benzer muameleyi gerektirirse, aynı şekilde farklılık da farklı muameleyi gerektirir. Ancak, hukukun üstünlüğü açısından önemli olan nokta, farklı muamelenin keyfi olmaması, yani bir ayrımcılık biçimini almamasıdır. Farklı muamelenin -yani belli kişi grupları için başkalarından farklı kural koymanın- keyfi olmaması demek, farklı muamelenin *haklı ve ilgili bir nedene* dayanması demektir. Genel kabul görmüş bir örnek vermek gerekirse, günümüzde başta siyasî hakların tanınmasında, kamu görevine alınmada ve cezalandırmada olmak üzere, ırk, din ve

cinsiyet farklılıkları kişilere farklı muamele edilmesi için ne “ilgili” ne de “haklı” neden sayılmaktadır.

Ayrımcılık gibi kayırmacılık da haksızdır. Başka bir ifadeyle, aynı konumdaki kişi veya gruplardan bazısına, haklı bir neden olmaksızın benzerlerine tanınandan daha fazla hak veya menfaat sağlanması *imtiyaz veya ayrıcalık* demek olup adaletle ve hukukun üstünlüğüyle bağdaşmaz. Buna karşılık, meselâ engelli kişilere başkalarının sahip olmadığı bazı kolaylıklar veya olanaklar sağlayan kurallar haklı nedene dayalı avantaj sağlamanın tipik bir örneği olup adalete ters düşmez. Haklı neden kimi zaman da geçmişteki bir haksızlığın telâfi edilmesi amacıyla yönelik olan bir “fazladan yararlandırma” (ekstra avantaj) şeklinde ortaya çıkabilir.

Kuralların soyut olmasına gelince, soyutluk kuralın düzenlediği konuyla ilgili olan bir husustur. *Soyutluk*, hukuk normunun belirli ve somut bir durum veya olaydan bağımsız olması veya böyle bir duruma özgü olmaması demektir. Soyutluk, kuralın gelecekte ortaya çıkabilecek bilinmeyen sayıdaki durumlara uygulanabilmesini sağlar (Hayek 2012: 261). Başka bir ifadeyle, hukuk kuralı, “emir”den farklı olarak, bir defa uygulanmakla tükenmez. Dolayısıyla, kuralın soyutluğu, onun düzenleme konusu olan olay veya durum her ortaya çıktığında tekrar tekrar uygulanabilecek şekilde formüle edilmiş olduğunu belirtir. Soyut olmayan bir hukukî önerme sürekli -yani, tekrar tekrar uygulanabilir- olamayacağı için ona zaten kural denemez.

2. Kanunların Amaçtan Bağımsız Olması

Hayek özgürlükçü bir sistemde hukuk kuralının âdil olması ile onun amaçtan-bağımsız olması arasında yakın

bir ilişki olduğuna dikkat çekmiştir (Hayek 2012: 255, 262, 323-24). Âdil davranış kuralının amaçtan-bağımsız olması, yani kişilere önceden belirlenmiş amaç veya amaçlar dayatmaması gerekir. Böylece *kişiler kuralın çizdiği çerçeveye içinde kalarak izleyecekleri amaçları kendileri belirleyebileceklerdir*. Şöyle de denebilir: Kurallar amaç dayatmasınlar ki, kişiler onları kendi meşru amaçları için kullanabilsinler. Lon Fuller (1969: 210) bu ilkeyi biraz farklı bir şekilde ifade etmiştir: Hukuk “spesifik amaçları gerçekleştirmek için bir dizi ayrıntılı talimat değil, özerk eylem için bir dayanak sağlar.”

3. Kanunların Geçmişe Yürümezliği

Kanunların geçmişe yürümezliği yine Fuller’ın “hukukun içsel ahlâkı”nın bir gereği olarak formüle ettiği *“hukuk kurallarının geleceğe yönelik olması”* ilkesinin başka bir anlatımıdır. Normal olarak hukuk geçmişe değil geleceğe yöneliktir. Onun için, kanunların geçmişe yürümezliği, bütün medenî ülkelerin anayasaları ve/veya kanunları tarafından genellikle tanınmış olan evrensel bir ilkedir.

Geçmişe yürümezlik ilkesi hukuk güvenliğiyle yakından ilgili olup, kişiler için yürürlükteki hukukta yapılan değişiklikler karşısında bir güvence oluşturur (Chevallier 2010: 103). Hukuk sisteminin kişilere geleceği öngörme imkânı vermesi ve onların geçmişle ilgili olarak kendilerini güvende hissetmelerini sağlaması bakımından, kanunların geçmişe yürümezliği hukukun üstünlüğünün temel bir ilkesidir. Açıktır ki, eğer kanunlar geçmişe etkili olurlarsa, kişilerin sadece eylem veya işlem yaptıkları tarihteki hukukî durum için değil, aynı zamanda ne olacağını bilmedikleri geleceğe ilişkin olarak da endişe et-

meleri gerekir. Geçmişe yürümezlik ilkesi bu durumun yarattığı belirsizliği gidermeyi amaçlamaktadır.

Fuller’ın açıkladığı gibi, kuralların geçmişe etkili olması hukukun *“insan davranışını yönetme”* şeklindeki temel işlevini yerine getirmesini de imkânsız kılar. Gerçekten de, geçmişte yapılmış ve sonuçlarını doğurmuş olan bir davranış veya eyleminizi yeni çıkan kurala göre değiştiremez veya düzeltemezsiniz. Kanunların geçmişe yürümezliği ilkesi böylece kişilerin geçmişteki eylem veya işlemlerinden dolayı endişe etmelerini de önler. Özellikle ceza hukukunda bu ilke devletin cebrî müeyyidelerine maruz kalma ihtimali karşısında kişilerin kendilerini güvende hissetmeleri bakımından son derece hayati önem taşımaktadır. Ceza kanunlarının *geçmişe yürümezliği* kişiye işlediği tarihte suç olmayan bir fiilden dolayı ceza takibatına uğratılmama güvencesi sağlar. Aynı garanti suçun işlendiği tarihten sonra çıkan bir kanunun o suçun cezasını artırmasına karşı da geçerlidir.

Ceza kanunlarının geçmişe yürümezliği ilkesi pozitif hukukumuzda da güvence altına alınmıştır. Anayasanın 38. maddesinde, kimsenin işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmayacağı ve kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır ceza verilemeyeceği öngörülmüştür. Ayrıca, Anayasanın 15. maddesinde de savaş seferberlik veya olağanüstü hallerde dahi suç ve cezaların geçmişe yürütülemeyeceği kuralına yer verilmiştir. Suç ve cezaların geçmişe yürümezliği ilkesini Türk Ceza Kanunu (m. 7) da güvence altına almıştır. Aynı güvencelerin uluslararası insan hakları sözleşmelerinde de yer aldığı belirtilmelidir. Ancak, normatif düzeydeki bu güvence Türk hukuk uygulamasında yeterince dikkate alınmamaktadır; nitekim özellikle

son yıllarda yürürlükteki yasalara göre suç teşkil etmeyen fiiller dolayısıyla kişilerin ceza takibatına maruz bırakılmaları sık rastlanan bir uygulamadır.

B. KANUNLARIN İSTİKRARI VE ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK

Hukuk güvenliği hukukun bir ölçüde istikrarlı olmasını gerektirir. Hatırlanacağı gibi, Fuller kuralların nispi istikrarını “hukukun içsel ahlâkı”nın bir gereği sayıyordu. Burada “bir ölçüde” veya “*nispî*” istikrar derken kastedilen hukuk normlarının sık sık değişmemesidir. Yoksa, hukukun hiç değişmemesi insanlık durumunun gereğiyle zaten bağdaşmazdı. Hukukun nispi istikrarı kişilerin iş ve işlemlerini geleceği öngörerek yapabilmelerine imkân vermesi bakımından son derece önemlidir.

“Nispî istikrar” denmesinin özel bir anlamı ve önemi vardır. İstikrar bir durumun değişmeden aynı şekilde devam etmesini ifade eden bir terimdir. Hukukun bu anlamda istikrarının toplumsal varoluşun niteliğiyle bağdaşmayacağı açıktır. Çünkü hayat dinamiktir; insanların hayatın değişen şartlarına, yeni ihtiyaç, teknik ve araçlara intibak etmesi gerekir. Bu da hukuk kurallarının zaman içinde değişikliğe uğratılmasını zorunlu kılar. Ancak bu değişimin hukuk sistemini altüst eder bir şekilde olması da düzensizlik yaratır ve kişilerin geleceği öngörmelerini imkânsız hale getirir. Bu nedenle, hukuk elbette zaman içinde değişikliğe uğrayacaktır, yeni ihtiyaçlar yeni kanunları veya kanunlarda değişiklikleri zorunlu kılacaktır; ama bu, hukukun tümüyle, keyfi olarak ve sık sık değişmesi gerekir demek değildir. Aksi halde *düzenli ve güvenli bir toplumsal hayat* imkânı ortadan kalkar.

Geleceği öngörebilmek bakımından iki önemli husus daha vardır. Bunlardan birincisi, yine Fuller’ın öngör-

düğü gibi, kuralların *açık-seçik ve anlaşılabilir* olmasıdır. Hukuk normları eğer birden fazla anlama gelecek veya belirsiz şekilde yahut anlaşılmaz bir dille formüle edilmişlerse, kişiler izin verilen davranışın –örneğin suç teşkil eden ve etmeyen fiilin- ne olduğunu ve yapmak istedikleri işlemleri hangi usulleri izleyerek yapabileceklerini bilemezler. Onun içindir ki, “kanunu bilmemek mazeret değildir” denmiştir. Kanunu bilmemenin mazeret sayılabilmesi için ortalama zihinsel donanımlı ve bilgili bir kimsenin kanunu okuduğu zaman onun ne dediğini kabaca anlayabilmesi gerekir. Kanunun dili eğer muğlak, müphem veya anlaşılmaz ise o zaman kişiler kanunu çiğnedikleri veya kanuna aykırı davrandıkları için suçlanamazlar.

Kişilerin geleceği öngörebilmesiyle ilgili ikinci husus kanunun önceden kamunun bilgisine sunulmuş olmasıyla ilgilidir. Kanunlar ilân edilmelidir, *gizli kanun olmaz*. Açıktır ki, kişilerin varlığından haberdar olmadıkları bir kurala uygun davranmaları beklenemez. Onun için, modern hukuk sistemleri kanunları halkın bilgisine sunmak amacıyla bunların genellikle herkesin ulaşabileceği yer ve şekillerde ilân edilmesini öngörürler. En yaygın olarak kullanılan ilân aracı ise Resmî Gazetedir.

C. SUÇ VE CEZALARIN KANUNİLİĞİ

Suç ve cezaların kanuniliği hukukun üstünlüğünün başlıbaşına bir gereği olup, suç ve cezaların ancak kanunla konabileceğini ifade eder. Tersinden söylemek gerekirse, Ceza Kanunu’nda (m. 2/2) belirtildiği gibi, düzenleyici işlemlerle -veya cumhurbaşkanlığı başkanlık kararnamesiyle- suç ihdas edilemez. Anayasa’nın 38. maddesinde dolaylı olarak ifade edilen suç ve cezaların kanuniliği ilkesini Ceza Kanunu (m. 2/1) açıkça güvence altına almıştır.

Suç ve cezaların kanunîliği, Fuller'cı şemada hukuk kurallarının taşınması gereken "açık-seçiklik ve anlaşılabilirlik" özelliğiyle yakından ilgili bir ilkedir. Şöyle ki: *Suç ve cezaların kanunla konmasının* kendi başına kişiler için bir güvence sayılmasından ayrı olarak, bu ilke gerek suçların gerekse cezaların kanunla belirlenmesini ve açık bir şekilde tanımlanmasını gerektirir. Bu tanımlar, şu veya bu fiilin suç olup olmadığının herhangi bir tereddüde yer bırakmayacak şekilde belirlenmesine elverişli olmalıdır.

Ceza hukukundaki "*suçların tipikliği*" terimiyle kastedilen de esas olarak budur: Bir fiilin suç olması için onun kanundaki suç tanımına tıpatıp uyması gerekir. Bu tanıma uymayan fiil çoğunluğa aykırı gelse de suç değildir. Dolayısıyla, terimleri ve mantığı zorlayarak, dolambaçlı yorumlarla bir fiili suç tanımına dâhil etmeye çalışmak suçların kanunîliği ilkesine açıkça ters düşer. Ceza Kanunu'nun ceza hukukunda "kıyas"ı yasaklaması (m. 2/3) da aynı düşünceye dayanmaktadır. Bu gibi sapmalara imkân vermemek için, ceza normlarının açık-seçik olması ve belirsiz veya birden fazla anlamı olan veya farklı anlamları çağrıştıracak kavramlara yer vermemesi gerekir.

Suç ve cezaların kanunîliği ilkesi idarî işlem veya kararlarla suç ve ceza yaratılmasına karşı kişilere güvence sağlama amacı gütmektedir. İdarî kararlarla suç yaratılması, suçların kanunlarla (yasama organı tarafından) belirlenmesine nispetle, kişileri kamu otoritesinin keyfi ve haksız muamelesine karşı daha fazla savunmasız bırakır. Bunun başlıca iki nedeni vardır. İlk olarak, kamu idaresi halkın temsilcisi değil fakat kamu otoritesinin uygulayıcısı olduğundan, yurttaşların hak ve özgürlüklerine karşı yasama organına göre genellikle daha duyarsız-

dır. Başka bir ifadeyle, memurların önceliği yurttaşların hak ve menfaatlerini korumaktan çok toplum hayatında "düzen ve otorite"yi sağlamaktır. İkinci neden de bu noktayla yakından ilişkilidir: Kamu görevlileri düzen ve otoriteyi devletin cebir gücünü kullanarak sağlamaya çalışırlar, bu da her zaman gücün kötüye kullanılması için açık kapı bırakır.

ARAŞTIRMA VE TARTIŞMA SORULARI

1. Kanunların öngörülebilirliği ile kişi özgürlüğü arasında nasıl bir ilişki vardır? Öngörülebilirlik özgürlüğe nasıl katkı sağlar?
2. Kanunlar ne ölçüde genel ve soyut olmalıdır? Kanunları aşırı soyutluğu belirliliğini etkilemez mi?
3. Kanunların geçmişe yürümezliğinin istisnaları olmalı mıdır? Ceza kanunlarının geçmişe yürümezliği ne ölçüde mutlak bir kuraldır?
4. Kanunlarının yapılış usulü ile istikrarı arasında bir ilişki var mıdır? Basit azınlıklarca kolayca yapılan kanunlar hızlı değişikliklere gebe dir önermesine katılır mısınız?
5. Suç ve cezaların kanunîliği ilkesi idari yaptırımlar açısından da geçerli midir?

OKUMA ÖNERİSİ

Mustafa Erdoğan (2019), "Hukuk, Kanun, Yasa(ma)", *Pasajlar Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl 1, No. 1, ss. 37-49.

Andrei Marmor (2008), "Hukuk Devleti ve Sınırları" A.R. Çoban, B.Cannatan, A.Küçük (ed.), *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal* (Ankara: Adres Yayınları) içinde, ss. 169- 210.

YEDİNCİ DERS

HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ AÇISINDAN YÜRÜTME VE İDARE

DEVLETİN CEBİR KULLANMA YETKİSİNİN ESAS VE DOĞRUDAN uygulayıcısı olan yürütmenin gerek organ gerekse işlev olarak nasıl yapılandırıldığı hukukun üstünlüğü bakımından son derece önemlidir. Devletin güç ve şiddet kullanan yanının en fazla somutlaştığı işlev olması itibariyle, yürütme ve idare kişilerin özgürlük ve haklarına en büyük potansiyel tehdidi oluşturur. Kendisini hukukun üstünlüğüyle bağlı saymayan bir yürütme ve idare teşkilâtı gerçekten de yurttaşların hayatını cehenneme çevirebilir.

A. İDARENİN KANUNİLİĞİ

Yürütme ve idarenin hukuka bağlı olması gereği en başta idarenin kanunîliği veya “kanunî idare” ilkesinde somutlaşır. Başka bir ifadeyle, hukukun üstünlüğü yürütme ve idarenin gerek organ gerekse işlev olarak kanunla düzenlenmesini gerektirir. Bu demektir ki, kanunî idarenden söz edebilmek için, yürütmenin ve kamu idaresinin *sadece kuruluşu ve teşkilâtı değil, görev ve yetkileri de kanunla düzenlenmiş olmalıdır*. Hukukun üstünlüğüne bağlı bir devlette kanunî dayanağı olmayan bir idarî kurum veya

kuruluş olamayacağı gibi, kamu otoriteleri ve idare ajanları da kanuna dayanmayan bir yetki kullanamaz, iş işlem yapamazlar.

Bu arada, kanunî idare ilkesi İdarenin *düzenleyici işlem yapma yetkisi* açısından da geçerlidir. İdarenin düzenleyici işlemlerle ikincil kurallar koymasına ihtiyaç olduğu hususu modern demokratik devlet pratiğinin yerleşik bir ilkesidir. Kamu idaresinin, başta idarî organ ve kurumların tasarrufundaki personel ve kaynakları kullanma tarzıyla ve kamu hizmetlerinin teminiyle ilgili olarak bu türden kurallar koymasının gerekli olduğu günümüzde genellikle kabul edilmektedir. Kanunî idare açısından en önemli olan nokta ise bu düzenlemelerin her hakükârda kanunî dayanağının bulunmasıdır.

Kanunî idare ilkesi ayrıca temel hak ve özgürlükler rejiminde İdarenin herhangi bir esaslı değişiklik yapmayacağı anlamına da gelir. İdarenin temel haklar konusunda en fazla yapabileceği, kanunun izin verdiği ölçüde ve anayasal hakların özüne dokunmaksızın, onların uygulanmasını kolaylaştıracak türden ayrıntıya ilişkin bazı düzenlemeler yapmaktır.

B. YASAMA YETKİSİNİN DEVRİ

Özellikle 2. Dünya Savaşı'ndan sonra gitgide genişleyen yetkileriyle modern demokratik devletin idarî yönü ("administrative state") daha fazla öne çıkmış bulunmaktadır. Bu durum yasama organlarının toplumsal hayata ilişkin pek çok konuyu kanunla düzenlemekten feragat etmelerine ve bu alanın düzenlenmesi için yürütme organına yetki devretmelerine yol açmıştır. Anayasalar da çoğu zaman bu gibi yetki devirlerine (delegated legislation) izin veren hükümler içerirler. Türkiye'de 1961

Anayasasından itibaren bu şekilde yetki devrine dayanan yürütme işlemleri "*kanun hükmünde kararname*" adı altında yapıla gelmiştir.

Ancak 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile kanun hükmünde kararname hukuk sisteminden kaldırılmış bunun yerine "*cumhurbaşkanlığı kararnamesi*" (CK) getirilmiştir. Ancak, KHK ile CK arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Öncelikle eski sistemde KHK, TBMM'nin çıkaracağı bir yetki kanununa dayalı olarak ve yetki kanununda belirtilen konularda ve yetki kanununda belirtilen ilkeler çerçevesinde Bakanlar Kurulunca çıkarılabılırdi. Bu KHK'ların Resmî Gazete'de yayınlandığı gün TBMM'nin onayına sunulması gerekiyordu, dolayısıyla parlamentonun denetimine tâbi idiler. Ayrıca, eski KHK'lar ile temel hak ve özgürlüklerin düzenlenmesi yasaklanmıştı. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ise herhangi bir yetki kanununa dayanmadan, kanunlarda düzenlenmemiş her konuyu düzenlemek üzere cumhurbaşkanınca çıkarılabilecektir (m.104) ve bunlar parlamentonun denetimine tâbi değildirler. Onun için, cumhurbaşkanlığı kararnameleri "yetki devri"ne dayalı idarî düzenlemelerden ziyade, yasama yetkisinin yürütme (cumhurbaşkanı) tarafından paylaşılmasının bir aracı olarak görülebilir. Ancak, temel haklar ve Anayasanın kanunla düzenleneceğini belirttiği konular CK'larla da düzenlenemezler (m.104).

Yetki devrine dayansın veya dayanmasın, bu düzenlemeler bakımından önemli olan başlıca iki nokta vardır. İlk olarak, Hayek'in de dikkat çekmiş olduğu gibi, buradaki mesele yürütmenin bazı konuları düzenlemekle yetkilendirilmesinden ziyade, bu şekilde yapılan düzenlemelere "kanun gücü" verilmesindedir. Bundan dolayı, sözkonusu düzenlemelerle getirilen kuralların da yasama organının kanun yaparken gözetmek zorunda oldu-

ğu gerek anayasal gerekse hukukun üstünlüğüne ilişkin ilke ve sınırlamalara bağlı olması gerekir (Hayek 2012: 177-78; Hayek 2013: 320). Başka bir anlatımla, yürütmenin yaptığı kanun gücüne sahip olan düzenlemelerin de hem Fuller'cı anlamda "hukukun içsel ahlâkı"nın gereklerini karşılamaları, hem de Hayek'çi âdil davranış kurallarının özelliklerini taşımaları gerekir ki, bunların neler olduğunu daha önceki Derslerde görmüştük.

Yetki devri konusunda hukukun üstünlüğü açısından önemli olan ikinci nokta, temel hak ve özgürlüklerin yürütmenin yetki devrine dayanarak yaptığı kurullarla sınırlanamayacağıdır. Normal düzenleyici işlemlerle de bu hak ve özgürlüklerin sınırlanamayacağına yukarıda zaten işaret etmiştik. Türkiye'nin Anayasa sisteminde sadece "sosyal haklar" bu ilkedan muaf tutulmuştur.

C. İDARENİN TAKDİR YETKİSİ

İdarenin, yerine getirdiği hizmet itibarıyla belli ölçüde bir takdir yetkisine sahip olması gerektiği genellikle kabul edilir. İdarî organlar sık sık takdir kullanmak zorundadırlar, ancak idarî takdirin hukukî sınırları konusu bireysel özgürlükler bakımından hayati önemdedir. İdarî takdir yetkisinin kamu makamlarına ve ajanlarına sağladığı nispi serbestliğin keyfîlik ruhsatı olarak anlaşılma ihtimali de vardır ki, bunun hukukun üstünlüğü açısından kabul edilemez bir durum olduğu açıktır. Bu konu özellikle kişilere karşı cebir kullanılmasını gerektiren durumlar bakımından önemlidir. Onun için, takdir yetkisinin İdare tarafından kullanılma biçimi *yargı denetimine tâbidir*. T.C. Anayasası (m. 125/4), yargının bu denetimi İdarenin takdir yetkisini kaldıracak şekilde kullanamayacağını belirtmekle beraber, bu kuralın yargı

yetkisine gerçekten uygulanabilir bir sınır getirip getirmediği açık değildir.

Hayek'in belirttiği gibi, İdare'nin bir ölçüde hareket serbestliğine sahip olması bu işlevin doğasında var olmakla beraber, bu daha ziyade, devletin tasarrufundaki araçları verimli şekilde kullanmak ve hizmetin kalitesini artırmak bakımından gereklidir. Yoksa, vatandaşlar üzerinde cebir kullanılmasını gerektiren durumlarda İdarenin hareket serbestliğine sahip olması söz konusu olamaz. Devletin özel kişilere muamelesinde hukukun üstünlüğünün gereklerine kesin olarak uygun hareket etmesi şarttır. Vatandaşın özel alanına girdiğinde devletin hiçbir takdir yetkisi olamaz. Bu da, sonuçları itibarıyla kişilerin temel hakları bakımından hassas bir konu olan cebir kullanımıyla ilgili bütün ayrıntıları kesin kurallara bağlamayı ve yargı denetimine tâbi kılmayı gerektirir (Hayek 2013: 319-24).

D. İDARENİN YARGISAL DENETİMİ

Önceki Derslerde açıklandığı gibi, kamu otoritelerinin faaliyetlerinin bağımsız yargının denetimine tâbi olması hukukun üstünlüğü açısından vazgeçilmez önemdedir. Hukuka uygunluğun en etkili güvencesi bağımsız mahkemelerce yapılan hukukî denetimdir. Hukukun üstünlüğü her şeyden önce devletin bütün işlem ve eylemlerinde hukuka bağlı olmasını gerektirir. Devletin hukuka bağlılığı, kamusal organ ve makamların bütün iş ve işlemlerinin önceden ilân edilmiş kurullar çerçevesinde yürütülmesi demektir. Ne var ki, kamu otoritelerinin, yetkilerini keyfi olarak kullanma ve yetki alanlarını aşma eğilimi içinde oldukları da evrensel bir gerçektir. Bundan dolayı, kamusal yetkilerin gerçekte öngörülen

hukukî sınırları içinde kullanılıp kullanılmadığının sıkı biçimde denetlenmesi gerekir.

Devletin asıl uygulayıcı birimleri yürütme ve idaredir; günlük hayatımızda en fazla devletin bu yüzüyle karşılaşırız. İdarî işlem ve eylemler genellikle hukukî ilişkilerimizi, hak ve yükümlülüklerimizi doğrudan doğruya etkileyen sonuçlar doğururlar. Ayrıca, yukarıda işaret edildiği gibi, idarî faaliyet devletin cebir-kullanıcı yönünün –cezalandırmadan sonra- en çok karşımıza çıktığı alandır. İdarenin özellikle kolluk işlevinin karakteristik özelliği *cebir kullanımını* gerektirmesidir. Ama onun dışında da, yürütme ve idarenin vatandaşlara uyguladığı bazı yaptırımlar ceza yaptırımlarına benzer; idare iktisadî özgürlüklerimizi kısıtlar (işyeri kapatma), birtakım mallarımızı (istimval ve istimlak) ve paramızı (para cezası, vergi ve vergi cezaları) kendi tasarrufumuzdan çıkarıp devlete aktarır. Bütün bu nedenlerle, idarî faaliyetin bağımsız mahkemelerce hukuka uygunluk açısından denetlenmesi kesin bir gerekliliktir.

İdarenin yargısal denetimiyle ilgili bir sorun, bu denetimin nasıl yapılandırılacağıyla ilgilidir. Bu, daha açık bir anlatımla, İdarenin denetlenmesi için ayrı bir *idarî yargı* düzeninin varlığına mı ihtiyaç olduğu, yoksa bu denetimin genel mahkemeler tarafından yerine getirilmesinin mi daha uygun olacağı sorunudur. Meşhur İngiliz anayasa hukukçusu Dicey'den beri, İdarenin denetlenmesi için genel yargı sisteminin dışında ayrı bir yargı düzeninin kurulmasının (idarî yargı) hukuk önünde eşitliğe aykırı olduğu, dolayısıyla hukukun üstünlüğüyle bağdaşmadığı yönünde bir görüş vardır. Bu bağdaşmazlığın, esas olarak, İdareye ve kamu görevlilerine genel hukuktan ayrı bir hukukun uygulanmasından kaynaklandığı kabul edilmektedir.

Öte yandan, bu "*idarî rejim*" sistemleri, İdarenin kişilere verdiği zararlardan doğan sorumluluğuyla ilgili olarak da olağan sorumluluk hukukundan ayrılmaktadır. Yine bu sistemde, İdarenin kamu yararıyla özdeşleştirilen çıkarı karşısında bireylerin hak ve menfaatlerinin fedâ edilmesi eğilimi vardır. Bruno Leoni'ye göre, esasen bu tarafgirlik sadece idarî yargı sistemi için değil, bütün idarî kanunlar için varittir. Ayrıca, "İdarenin üstünlüğü" ilkesinin geçerli olduğu Kıt'a Avrupasında İdarenin "*kabil-i icra*" işlemler yapma yetkisi, İdarenin mahkeme kararı olmadan kendi işlemlerini cebren icra etmesine izin vermek suretiyle, kamu görevlilerini özel vatandaşlar üzerinde öncelikli haklara sahip kılmaktadır. Oysa, özel bir vatandaş başka bir özel vatandaştan mahkeme kararına dayanmayan herhangi bir talebini cebren icra edemez, doğrudan doğruya uygulamaya koyamaz; bunun için bir mahkeme kararına ihtiyacı vardır (Leoni 1991: 65-66).

Bu tartışma önemsiz olmamakla beraber, hukukun üstünlüğü açısından bundan daha önemli olan, idarî faaliyetin yargı denetimine tâbi olup olmadığı ve bu denetimin bağımsız mahkemeler tarafından yapılıp yapılmadığıdır. Başka bir anlatımla, kamu idaresinin işlem ve eylemleri bağımsız mahkemelerin denetimine tâbi olduğu sürece, bu denetimin ayrı bir idarî mahkemeler düzeni tarafından mı, yoksa genel mahkemeler tarafından mı yapıldığı hukukun üstünlüğü açısından ikincil önemdedir.

E. YARGI DENETİMİNİN NİTELİĞİ VE SINIRLARI

İdarî faaliyetin yargı yoluyla denetimi elbette bir *hukuka uygunluk denetimidir*; yani mahkemeler İdarenin eylem ve işlemlerini sadece hukuka uygun olup olmadıkları

açısından incelemek durumundadırlar. Buna karşılık, idarî işlemlerin “yerinde” veya “icâb-ı hâle uygun” olup olmadığı hususu yargısal denetimin kapsamı dışında kalır. Nitekim T.C. Anayasasının 125. maddesinin 4. fıkrasında şöyle denmektedir: “Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz.”

Bu ayrımın gerekçesi şöyle belirtilebilir: Şu veya bu konuda bir idarî işlemin yapılmasının veya işlemin yapılma zamanının İdarenin yürütmekte olduğu işlev ve hizmetin gerekleri açısından uygun, etkin veya verimli (“yerinde” veya “isabetli”) olup olmadığı, normal olarak, mahkemeler değil ancak bu işin uzmanı oldukları varsayılan idarî makamlar tarafından belirlenebilir. Bu çerçevede, somut durumda kamu yararının neyi gerektirdiği de, kanun tarafından açıkça aksi belirtilmemişse, İdare tarafından belirlenecektir.

Ancak şu var ki, uygulamada yerindelik veya icâbı hale uygunluk meselelerini idarî takdir yetkisinden ayırmak hiç de kolay değildir, hatta bu bazan imkânsız bile olabilir. Mahkemeler takdir yetkisinin hukuka uygun olarak kullanılıp kullanılmadığını da denetlemek durumunda olduklarına göre, bu durumda idarî faaliyetin hukuka uygunluğu ile yerindeliği arasında yapılan geleneksel ayırım uygulamada varsayıldığı kadar işlevsel olmayabilir.

Yargı denetiminin sınırıyla ilgili olarak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası yukarıda işaret edilen hükmün devamında bu geleneksel ayırım dışında başka bir ayırım daha yapmaktadır. Buna göre, “(y)ürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine

getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde [...] yargı kararı verilemez.” Aynen takdir yetkisinde olduğu gibi, bu hükmün de yargının yetkisine gerçekten uygulanabilir bir sınır getirdiği kuşkuludur. Nitekim, bu hükmün ilk kısmının objektif bir karşılığı yoktur, onun için bu hüküm olsa olsa mahkemelerin iptal kararı verme konusundaki genel istekliliğini azaltmaya yarayabilir.

“İdarî eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verileme” meselesine gelince, ilk olarak mahkeme kararları hiçbir şekilde –idarî veya değil- bir “eylem” (fiil) olarak nitelenemezler. “İdarî işlem niteliğinde yargı kararı” konusuna gelince, bir idarî işlemin mahkeme tarafından iptal edilmesi, iptal edilen işlemin yerine İdarenin hukuka uygun yeni bir işlem yapmasını gerektirir; bunun ise idarî işlemin mahkeme tarafından tesis edilmesi anlamına gelmeyeceği açıktır. Tam yargı davalarında verilen tazminat kararları açısından da durum buna benzemektedir. Bu tür kararların gereği de yine İdare tarafından yerine getirilmek durumundadır, dolayısıyla burada da mahkemenin kararının idarî işlem olarak nitelendirilmesi doğru değildir. Sonuç olarak, “İdarî eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemeyeceği” kuralının mahkemelere açık-seçik bir sınır getirdiği şüphelidir.

F. DENETİM DIŞI İŞLEMLER

Prencip olarak yürütme ve idarenin herhangi bir işleminin yargı denetimi dışında bırakılması hukukun üstünlüğüyle bağdaşmaz. Ne var ki, gerçek hayatta hukuk sistemleri genellikle bazı idarî işlem türlerinin yargı denetimine tâbi olmayacağını öngören normlara yer vermiş veya bizatihi yargı organları bu yolda içtihat geliştirmişlerdir. Bu arada Türkiye Cumhuriyeti Anayasası da 125. maddesinde

yargı denetimini genel bir kural olarak belirttikten sonra, Yüksek Askerî Şura'nın bazı işlemlerini bu kuraldan muaf tutmuş, 159. maddesinde ise Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarını denetim dışı bırakmıştır.

Yargı denetimine tâbi olmadığı yine yargısal içtihat yoluyla belirlenen işlemlerin klasik örneğini ise “*hükümet tasarrufları*” (acts of state, political questions) olarak adlandırılan işlemler oluşturmaktadır. “Hükümet tasarrufları” doktrinine göre, başta devletin dış ilişkileriyle ilgili olanlar olmak üzere, doğrudan doğruya milletin veya devletin “yüksek menfaatleri”yle ilgili olan yürütme işlemleri mahiyetleri icabı siyasî niteliktedirler. Bu niteliklerinden dolayı, bu tür yürütme işlemlerinin hukuka aykırılık gerekçesiyle de olsa mahkemeler tarafından iptal edilmesinin doğrudan doğruya devletin ve milletin varlığına veya dış politika söz konusu olduğunda devletin “saygınlık ve güvenilirliği”ne zarar verebileceği varsayılır.

Şu var ki, tanımlandığı şekliyle “hükümet tasarrufları” öğretisi hikmet-i hükûmet felsefesinin bir kalıntısı olup, hukukun üstünlüğüyle bağdaşmaz. Gerçekte ise, hukuk tarafından düzenlendiği veya hukukun evrensel ilkeleleriyle ilişkili olduğu sürece her yürütme ve idare işlemi yargı denetimine tâbi olmak gerekir. Bununla beraber, başka bazı ülkelerde olduğu gibi Türkiye’de de yüksek mahkemelerin her zaman bu ilkeyi gözettilerini maalesef söyleyemez.

ARAŞTIRMA VE TARTIŞMA SORULARI

1. İdarenin hukukiliği ilkesi açısından yürütme organına aslî düzenleme yetkisi tanıyan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini tartışınız.

2. İdarenin yargısal denetiminin ayrı bir idarî yargı teşkilatı yoluyla yapılmasını gerektiren meşru nedenler var mıdır? İdarenin yargısal denetimi olağan mahkemeler tarafından yapılsa hukukun üstünlüğüne katkıda bulunabilir mi?
3. Bazı idarî işlemlerin yargı denetimi dışında bırakılması hukukun üstünlüğü ilkesi açısından meşrulaştırılabilir mi?

OKUMA ÖNERİSİ

Albert V. Dicey (1982), *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (Chapter XII, Rule of Law compared with Droit Administratif (Liberty Fund), ss. 213-267.

Friedrich A. Hayek (2008), “Siyasi Bir İdeal Olarak Hukuk Devleti” (özellikle 2. Ders), A.R. Çoban, B. Canatan, A. Küçük (ed.), *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal* (Ankara: Adres Yayınları) içinde, ss. 41-116.

Mustafa Erdoğan (2019b), *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Hukuk Yayınları, 2. b.), ss. 165-176.

SEKİZİNCİ DERS

HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ AÇISINDAN OLAĞANÜSTÜ REJİMLER

A. İNSAN HAKLARI, GÜVENLİK VE TERÖRLE MÜCADELE

Hukukun üstünlüğü açısından ciddi sorunlar yaratan bir olgu, güvenlik ve terörle mücadele mülâhazalarının, görünüşe göre, kamu otoritelerine insan haklarına saygı ödevinden sapma gerekçesi sağlamasıdır. Güvenlik elbette toplumsal hayatın, dolayısıyla siyaset ve hukukun gözetmesi gereken temel referanslardan biridir. Genel güvenlik kaygıları son on yıllarda daha da belirgin bir hal almıştır. Gerçekten de, bu dönemde bütün dünyada terörizmin gitgide yaygınlaşması hemen hemen bütün devletlerin güvenlikçi bir yaklaşıma kaymasına neden oldu. Böylece devletler sivil özgürlüklere dramatik kısıtlamalar getiren yeni “güvenlik paketleri” hazırlayarak parlamentolarından geçirmeyi başardılar. Bu düzenlemelerle özellikle polisin ve istihbarat birimlerinin yetkileri önemli ölçüde artırılmıştır.

Özgürlük-güvenlik ilişkisi her zaman hukuk ve siyasetin zor bir sorunu olmuştur. Bu zorluğun nedeni sadece devletlerin özgürlük ve insan hakları karşısında genellikle güvenliğe öncelik vermeleri değildir. Bu öncelik

değişikliği aynı zamanda hukukun üstünlüğü açısından da istenmedik sonuçlar yaratmaktadır. Kamu hayatında güvenlik kaygısının öne çıkması, başta hukukî güvenlik ve öngörülebilirliği etkisizleştirmek suretiyle, hukukun üstünlüğünü de tehlikeye atan sonuçlar doğurmaktadır.

Özgürlüğün ve insan haklarının korunmasının önemli ölçüde güvenliğin sağlanmasına bağlı olduğu yaygın kabul gören bir düşüncedir. Kişilerin özgürce hareket edebilmeleri ve haklarını kullanabilmeleri için güvenlik içinde olmaya veya güvenli bir ortama ihtiyaçları vardır. Böyle bakıldığında, güvenli olmayan ortamın (güvensizliğin) aslında hak ve özgürlüklerin tehlikede olması anlamına geldiği düşünülebilir. Ancak, özgürlükle güvenlik ilişkisini tersinden kuran bu düşünce biçimi ilk bakışta görüldüğü kadar ikna edici değildir. Gerçekte insan hakları güvenliğe bağlı olmaktan çok, güvenliğin kendisinin sağlanması daha çok temel hak ve özgürlüklerin korunmasına bağlıdır.

Başka bir ifadeyle, güvenliğin insan haklarından bağımsız bir temeli yoktur; çünkü o zaten bireylerin hak ve özgürlüklerinin güvende olması demektir. Özgürlük ve hakların güvende olduğu yerde güvenlik de büyük ölçüde sağlanmış demektir. Ancak kendilerini özgür hissetmelerinin şartları mevcutsa insanlar özgürce davranabilirler ve toplum genel olarak daha güvenli olur. Bundan dolayı, hak ve özgürlüklerin güvende olmasından bağımsız bir varlığı olan ve onların konumunu belirleyen bir ilke olarak “güvenlik” diye bir değerden söz edilemez. Güvenliğe öncelik veren düşünce tarsi, ayrıca onu özgürlük ve insan hakları için bir araç olmaktan çıkarıp bizatihi bir amaç haline getirmek bakımından da problemlili görünmektedir.

Daha pratik olarak söylemek gerekirse, devletlerin güvenlik kaygısı arttıkça temel hak ve özgürlükleri kısıtlama ve hukuk devleti güvencelerini zayıflatma eğilimleri de artar. *Güvenlikçi yaklaşım aşırı durumları gerekçe göstermek suretiyle kısıtlamaları istisnaî olmaktan çıkarıp genelleştirme ve kural haline getirme eğilimindedir.* Bunun nedeni sadece hükümetlerin güvenliği hak ve özgürlüklerden daha fazla önemsemeleri değildir; ayrıca, baskıcı yönetimler güvenlik mülâhazalarını temel hakları kısıtlama bahanesi olarak da kullanabilmektedirler. Her iki durumda da kamu makamlarının tutumlarını meşrulaştırmak için en çok başvurdukları kavram veya düşünce “özgürlük-güvenlik dengesi” söyledir.

“Özgürlük-güvenlik dengesi” söylemine eleştirel yaklaşmak, özgür bir toplumda güvenliğin bir ihtiyaç olmağını söylemek değildir. “İnsan hakları”na dayanan bir hukuk devletinde de elbette özgürlüklerin kısıtlanmasını gerektiren zorunluluklar ortaya çıkabilir. Güvenlik kaygısının bu türden bir zorunluluk teşkil ettiği durumları tasavvur etmek de zor değildir. Ancak demokratik bir hukuk devletinde bu gibi durumlarda kamu otoritesini yönlendiren düşünce özgürlükle güvenlik arasında sözde bir denge kurmak olamaz. Çünkü, her şeyden önce, güvenlik özgürlükle eşit ağırlıkta bir değer olmayıp, güvenlik özgürlüğü garanti etmenin araçlarından biridir.

Kaldı ki, birçok durumda kişiler özgürlüklerinden yaptıkları fedakârlığa karşılık daha fazla güvenlik elde edemeyebilirler. Hükümetler görünüşe göre şiddetin üstesinden gelebilmek –yani güvenliği tesis edebilmek için sivil özgürlükleri gitgide daha fazla kısıtlama yoluna giderler. Ne var ki, özgürlüklerin bu şekilde gitgide budandığı bir toplum güvenli olmaktan zaten çıkmıştır. Çünkü, özgürlükleri mütemediyen kısıtlanan ve her an

yeni kısıtlamalara uğrayacağı endişesi içinde yaşayan insanlar böylelikle aslında güvensizliğe itilmiş, güvenliği kavuşmayı beklerken kendilerini güvensizlik içinde bulmuş olurlar.

Bu nedenle, güvenlikçi yaklaşımın tehlikeleri özgürlükleri ve hukuk devleti güvencelerini daha fazla sağlamlaştırarak bertaraf edilebilir. Bu da en iyi “*özgürlük karinesi*”ni temel haklar rejiminin yol-gösterici, temel ilkesi olarak benimsemekle başarılabilir. Özgürlük karinesi, genel olarak haklar, özellikle de temel haklar bakımından “*özgürlüğün esas, kısıtlamanın istisna olduğu*” anlamına gelir. Dolayısıyla, bunu yapmak için son derece güçlü (haklı) bir neden olmadıkça temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmaması gerekir. Bu arada, terörle mücadele mevzuatı da doğal olarak özgürlük karinesiyle bağdaşır özellikte olmalıdır.

Özellikle terör kavramının amacından saptırılarak, herhangi bir şiddet eyleminde bulunmayan veya şiddeti teşvik etmeyen, ancak iktidarın hoşuna gitmeyen muhalif söylemlerin terör propagandası veya teröre teşvik şeklinde nitelendirilerek cezaî soruşturma ve kovuşturma konusu yapılması, böylece sivil özgürlüklerin keyfi olarak kısıtlanması ve bu arada ifade özgürlüğünün bastırılması ne demokrasiyle ne de hukukun üstünlüğü ile bağdaşır. Onun için, terörle mücadele kadar, terör bahanesiyle özgürlüklerin ortadan kaldırılmasıyla mücadele de hukukun üstünlüğünün gerekleri arasında yer alır.

Terörle hukuka uygun mücadelede özellikle gözetilmesi gereken başka bir ilke de suçsuzluk karinesidir. Hukukun üstünlüğüne bağlı bir devlette güvenlik ve terörle mücadele bu ve benzeri temel ilkelerden ayrılmak için bir gerekçe olamaz.

B. HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ AÇISINDAN OLAĞANÜSTÜ HALLER

Kamu makamlarını hukukun üstünlüğünden sapmaya sevk eden güvenlik mülâhazaları olağanüstü hallerde zirveye çıkar. Olağanüstü yönetim geçici olsa da, başta temel haklar olmak üzere, idarî ve yargısal nitelikteki çoğu hukuk güvencelerinin kısıtlanmasına veya askıya alınmasına yol açar. Ne var ki, her toplum zaman zaman ancak olağanüstü yönetimle üstesinden gelinebilecek savaş, tabii afet, darbe, iç isyan gibi olaylarla karşı karşıya kalabilir. Bunlar yerine göre toplumun varlığına, özgürlüğüne veya dirlik ve düzenine karşı tehdit oluştururlar. Onun için, Hayek’in dediği gibi, özgür bir toplumun varlık ve düzeninin uzun vadede idamesi tehdit altına girdiğinde olağanüstü hal zorunlu hale gelebilir (Hayek 2012: 588).

Bununla beraber, uygulamada olağanüstü yönetime her zaman toplumun varlık ve güvenliğine yönelik gerçek bir tehlikeyi bertaraf etmek ve böylelikle özgürlükçü-anayasal düzene geri dönüşü sağlamak için geçilmiş olmayabilir. Olağanüstü yönetim kimi zaman abartılmış bir “güvenlik” kaygısının veya oligarşik, zümre hâkimiyetine veya kişisel egemenliğe dayanan iktidarların muhaliflerini tasfiye ederek baskıcı statükoyu tahkim etme arayışının bir sonucu olarak da ortaya çıkabilir.

Birçok kişi olağanüstü hal rejiminin hukuk dışı bir yönetim biçim olduğunu düşünür. Oysa bu, hukukun üstünlüğü açısından kabul edilebilir bir düşünce değildir. Hukukun üstünlüğüne bağlı bir devlette *olağanüstü hal de şüphesiz hukukî bir rejim olmak zorundadır*. Toplumun varlığına yönelik sahici bir tehlikeyi ortadan kaldırma isteğiyle ilgili olmadığı durumları bir yana bırakırsak, olağanüstü yönetim zorunlu olarak hukuk dışı bir yö-

netim değildir. Bu dönemlerde kişilerin temel hak ve özgürlükleri olağan dönemlere nispetle daha fazla kısıtlansa ve kişiler için olağandışı nitelikte malî, hatta bedensel yükümlülükler getirilse de, yurttaşlar büsbütün güvencesiz değildirler. En başta, hukukun üstünlüğüne bağlı ülkelerde olağanüstü yönetime geçiş nedenleri ve olağanüstü reimin işleyişiyle ilgili hususlar anayasalar ve kanunlar tarafından ayrıntılı olarak düzenlenmek suretiyle, kişilere bu dönemlerde de belli ölçüde bir öngörülebilirlik ve güvenlik sağlanır.

Olağanüstü yönetim usulleriyle ilgili olarak kurallara bağlanması gereken başlıca konular olağanüstü yönetime hangi hallerde geçileceği, bu dönemde kamu otoritelerinin yetkilerinin sınırları (neyi, ne kadar yapabilecekleri) ve temel hak ve özgürlüklerle ilgili olarak (sınırlama, durdurma veya askıya alma ve yükümlülük getirme şeklindeki) hangi kısıtlayıcı tedbirlerin alınabileceğidir. Ancak bütün bu kuralların kişiler lehine birer güvence teşkil edebilmesi için olağanüstü hal makamlarının işlemlerine ve başta kolluk görevlileri olmak üzere idare ajanlarının eylemlerine karşı *yargı yolunun açık olması gerekir*. Nihayet, olağanüstü yönetimin geçici bir yönetim olması, yani karşı karşıya kalınan büyük tehdit savuşturulduğu zaman olağan yönetime geçilecek olması da toplum için bir güvencedir. Ayrıca, Hayek'in (2012: 589) önerdiği gibi, olağanüstü hal ilân eden organ veya makam ile olağanüstü hal yetkilerini kullanacak olan makamın farklı olması da bu konuda ek bir güvence teşkil edecektir.

C. TÜRKİYE'DE OLAĞANÜSTÜ REJİM SORUNLARI

Olağanüstü hal istisnâ bir rejim olarak öngörülmüş olmasına rağmen Türkiye, 1982 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemin önemli bir kısmını ülkenin bir kısmında

veya tamamında olağanüstü hal uygulayarak geçirmiştir. 1982 Anayasasının ilk halinde olağanüstü yönetim şekilleri “olağanüstü hal”, “sıkıyönetim”, “seferberlik ve savaş hali” olarak öngörülmüştü. Ancak 2017 yılında yapılan ve 9 Temmuz 2018 tarihinde tümüyle yürürlüğe giren anayasa değişikliği ile, “olağanüstü hal” dışındaki olağanüstü yönetim usullerini kaldırmak başta olmak üzere, olağanüstü yönetimin hukukî rejimi de önemli değişikliklere uğratılmıştır.

1982 Anayasasının orijinal halinde olağanüstü hal ilânına karar verme yetkisi Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'na aitti. Ancak şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması nedeniyle olağanüstü hal kararı için önceden Milli Güvenlik Kurulunun görüşünün alınması gerekiyordu (m. 120). Aynı durum sıkıyönetim ilânı bakımından da sözkonusuydu (m 122). Bütün bu kararların TBMM'nin onayına sunulması anayasal bir zorunluluktaki. Bu düzenlemede sıkıyönetim askerî bir rejim iken, olağanüstü hal sivil bir yönetimdi.

1982 Anayasası ayrıca 121. maddesinde olağanüstü hallerde (122. maddesinde sıkıyönetimde) Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan bakanlar kuruluna kanun hükmünde kararname (KHK) çıkarma yetkisi tanıdı. Bu kararnâmeler Anayasa'nın 91. madde uyarınca bakanlar kurulunun çıkaracağı olağan dönem KHK'larından büyük ölçüde farklı bir rejime tâbi kılınmıştı. En başta, olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerin çıkarılması için bir “yetki kanunu”na gerek yoktu. Anayasanın 91. maddesine göre, bu KHK'lar ayrıca olağan dönemlerdeki kanun hükmünde kararnameler için getirilmiş olan konu sınırlamasına da tâbi değildiler. Bundan dolayı olağanüstü dönem KHK'larıyla kişi hak-

ları ve ödevleri ile siyasî haklar ve ödevler de düzenlenebilirdi. Nihayet, bu KHK'ların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi Anayasanın 148. maddesi tarafından yasaklanmıştı.

Ancak Anayasa Mahkemesi 1991 yılında ve 2003 yılında verdiği üç ayrı karar ile OHAL KHK'larının denetim yasağının kapsamını sınırlamıştır (AYMK, E. 1990/25, K.1991/1; E. 1991/6, K.1991/20; E.2003/28, K. 2003/42). Buna göre, OHAL KHK'ları ancak olağanüstü halin konusu ve süresiyle sınırlı olmak ve OHAL bölgesiyle ilgili olmak üzere düzenleme yapabilirler. Bu sınırları aşan düzenlemeler OHAL KHK'sı niteliği taşımadığından denetim yasağı kapsamı dışında kalır ve dolayısıyla Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilirler. Yine Anayasa Mahkemesine göre, olağanüstü hal KHK'ları ile yalnızca OHAL süresince uygulanacak tedbirler alınabileceğinden, *bu KHK'larla kanunlarda değişiklik de yapılamaz*. Çünkü, olağanüstü dönem KHK'larının olağanüstü halden sonra da etkisini sürdürecektir tedbirler içermesi bir OHAL işlemi ile daimî olarak uygulanacak bir kural getirilmesi anlamına gelir ki, Anayasa yürütme organına böyle bir yetki vermemiştir. Ne var ki, 2016 yılındaki başarısız darbe girişimi sonrasında ilân edilen olağanüstü hal döneminde çıkarılan KHK'lar aleyhine açılan davalarda Anayasa Mahkemesi bu yaklaşımını terk etmiş ve Anayasanın OHAL KHK'larının denetimini kategorik olarak yasakladığından bahisle, bu dönemde çıkarılan KHK'ların hiçbir şekilde denetlenemeyeceğine karar vermiştir.³

3 Bkz., AYMK, E. 2016/166, K.2016/159, K.T.12.10.2016; E.2016/167, K.2016/160, K.T.12.10.2016; E.2016/171, K.2016/164, K.T.2.11.2016; E.2016/172, K.2016/165, K.T.2.11.2016.

Olağanüstü rejimlerin ortak özelliği yürütmenin yetkilerinin artırılması ve temel hak ve özgürlüklerin olağan rejime göre daha fazla kısıtlanabilmesidir. Olağanüstü durumlarda temel hakların kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulması Anayasanın 15. maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıca, yine Anayasaya göre olağanüstü hal veya sıkıyönetim ilân edilmesi durumunda, ilgili kanunlar çerçevesinde yurttaşlar için çeşitli "*para, mal ve çalışma yükümlülükleri*" getirilebilirdi (m. 121, 122). Bu yükümlülüklerin ayrıntıları olağanüstü yönetim usullerinin her bir türü için çıkarılan özel kanunlarında gösterilmişti.⁴ Ancak, Anayasanın geçici 15. maddesinin yasaklaması yüzünden, Anayasaya aykırı pek çok kural içeren bu kanunların anayasaya uygunluk denetimi yapılamamıştır.⁵

Son olağanüstü halin yürürlükte kaldığı iki yıl boyunca toplam 32 OHAL KHK'sı çıkarılmıştır. Bu KHK'ların bir kısmı normatif düzenlemeler öngörmektedir ve yüzden fazla kanunda binden fazla maddede değişiklik yapılmıştır.⁶ Diğer bir kısmı ise OHAL kapsamındaki tedbirleri ve bireysel işlemleri içermektedir.⁷ Birel işlemlerin

4 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu ve 2941 sayılı Seferberlik ve Savaşhali Kanunu.

5 Meselâ, Sıkıyönetim Kamutanının işlemlerini yargı denetimine kapatan 1402 sayılı Kanun'a 14 Kasım 1980 tarih ve 2342 sayılı Kanunla eklenen ek 3'üncü madde Kanunun 703 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırıldığı 2018 yılı Temmuz ayına kadar yürürlükte kalmıştır.

6 Bkz., KHK'ların Mevzuat Üzerindeki Etkileri Raporu, https://tr.boell.org/sites/default/files/ohal_rapor_web.pdf

7 Bu çerçevede binlerce, dernek, vakıf, yayın kuruluşu, eğitim ve sağlık kuruluşu kapatılmıştır. Ayrıca 130.000'den fazla kamu görevlisi isimleri KHK ekine eklenmek suretiyle kamu görevinden çıkarılmış, pasaportları, silah ruhsatları, pilotluk ve gemi adamlığı belgeleri iptal edilmiştir. bkz. IHOP, *Olağanüstü Hal Tedbir ve Uygulamaları, Güncellenmiş Durum Raporu*,

KHK şeklinde yapılmasının temel nedeninin bu işlemleri yargı denetimi dışında bırakmak olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim bu işlemlerle haksızlığa uğratılan kişilerce açılan davalar mahkemelerce dava konusu işlem bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.⁸

Bu KHK'lar ancak iki yıla yakın bir süre sonra toptan Meclis gündemine alınarak, maddeleri ele alınmadan kısa bir görüşme sonrasında iktidar partisi grubunun oylarıyla kabul edilmiş ve yasalaştırılmıştır. Böylece hiçbir şekilde olağanüstü halin konusuyla ilgisi olmayan pek çok düzenleme kanun niteliği kazanmıştır. Bu arada, bir düzenleyici işlem şeklinde yapılması mümkün olmayan birel işlemler kanun haline gelmiştir. Bu da Anayasa Mahkemesinin yeni içtihadının ne ölçüde büyük sorunlara neden olduğunu göstermektedir.

Yukarıda belirtildiği gibi, 2017 yılında yapılan anayasa değişikliği ile sıkıyönetim kaldırılmış ve *tüm olağanüstü yönetim usulleri "olağanüstü hal" başlığı altında* Anayasanın 119. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre Cumhurbaşkanı savaş, savaş gerektirecek bir durumun başgöstermesi, seferberlik, ayaklanma, vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışma, ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması, anayasal düzeni veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerinin ortaya çıkması, şiddet olayları nedeniyle kamu düzeninin ciddi

http://www.ihop.org.tr/wp-content/uploads/2018/01/OHALdurumraporu_31122017.pdf

8 Daha sonra çıkarılan 685 sayılı KHK ile bu işlemlere karşı yapılacak itirazları incelemek üzere bir OHAL İşlemleri İnceleme Komisyonu kurulmuş ise de, söz konusu komisyonun ne yapısı, ne çalışma ne de verdiği kararların hukuka uygun olduğu söylenebilir.

şekilde bozulması, tabii afet veya tehlikeli salgın hastalık ya da ağır ekonomik bunalımın ortaya çıkması hallerinde yurdun tamamında veya bir bölgesinde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilan edebilecektir.

Olağanüstü hal ilânı kararının aynı gün Resmî Gazetede yayımlanarak Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulması öngörülmüştür. Türkiye Büyük Millet Meclisi tatilde ise derhal toplantıya çağırılarak bu kararı görüşecek ve gerekli gördüğü takdirde olağanüstü halin süresini kısaltabilecek, uzatabilecek veya olağanüstü hali kaldıracaktır. Cumhurbaşkanının talebiyle Türkiye Büyük Millet Meclisinin her defasında dört ayı geçmemek üzere olağanüstü hal süresini uzatması öngörülmüştür. Ancak savaş hallerinde uzatma için süre kaydı yoktur.

Böylece halihazırda olağanüstü hal ilânına artık tek başına Cumhurbaşkanı karar verecek ve olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104. maddenin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tâbi olmaksızın kararnâme çıkarabilecektir. Dolayısıyla, kişi hakları ile siyasî haklar OHAL Cumhurbaşkanı Kararnâmeleri ile düzenlenebilecektir. Ancak, temel hakların durdurulması ve sınırlandırılması ancak kanunla yapılabileceğine göre, bu hükme rağmen OHAL CK'sı ile bir temel hakkın doğrudan sınırlandırılması sözkonusu olmamak gerekir. OHAL CK'leri ile ancak ilgili kanunlarda öngörülen bir sınırlamanın somut OHAL durumunda nasıl uygulanacağına ilişkin düzenlemeler yapılabilir. Ayrıca, 104. maddenin onyedinci fıkrasının üçüncü cümlesine göre kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CK çıkarılamaz (m. 104/17. fıkra). OHAL'de temel hakların nasıl durdurulacağı ve sınırlandırılacağı kanunla düzenleneceği 119. maddede açıkça belirtildiğine ve 104. maddenin onyedinci fıkrasının üçüncü cümlesi is-

tisna tutulmadığına göre *temel haklara ilişkin sınırlamanın OHAL CK'sı ile yapılması mümkün değildir*. Ayrıca, OHAL CK'ları ile kanunlarda değişiklik yapılmaz.

Anayasa olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanun hükmünde olduğunu ve Resmî Gazetede yayımlandıkları gün Meclis onayına sunulmalarını öngörmüştür. Savaş ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanamaması hâli hariç olmak üzere; olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülerek karara bağlanması, aksi halde kendiliğinden yürürlükten kalkmaları öngörülmüştür.

Diğer taraftan TBMM'nin bu kararları nasıl onaylayacağı konusunda da bir açıklık yoktur. Onaylamanın daha önceki OHAL KHK'larında olduğu gibi kanun şeklinde yapılması büyük olasılıktır. Ancak kanun şeklinde onamanın bazı mahzurları olduğu göz önünde tutulmalıdır. Eğer kanun şeklinde onama yapılırsa CK kanun niteliği kazanacak ve sürekli uygulanabilir hale gelecektir. Bu durumda Cumhurbaşkanlığı Kararnâmesi ile yapılması mümkün olmayan düzenlemeler yapılmışsa artık kanun haline geldiğinden Anayasaya aykırı düzenlemelere geçerlilik kazandırılmış olacaktır. Gerçi kanunla onaylama yolu aynı zamanda OHAL CK'ları için 148. maddede öngörülen denetim yasağını da ortadan kalkacaktır. Yine de, onaylamanın Meclis kararı şeklinde yapılmasının daha uygun olacağını belirtmek gerekir.

ARAŞTIRMA VE TARTIŞMA SORULARI

1. Güvenliğin sağlanması için temel hakların daha fazla sınırlandırılmasına ihtiyaç olduğu tezine katılır mısınız? Özgürlük güvenlikle mi sağlanır yoksa güvenlik özgürlükle mi?

2. Olağanüstü yönetim usullerine ihtiyaç var mıdır? Olağan hukuk düzeni önemli sorunları aşmakta engel midir?
3. Olağanüstü hallerde çıkarılan düzenlemelerin yargısal denetime tabi tutulması için yasaklanmış olabilir? Sizce yargısal denetimin yapılması gerekli midir?

OKUMA ÖNERİSİ

Heiner Bielefeldt (2008), "Demokratik Hukuk Devletinde Özgürlük ve Güvenlik", A.R. Çoban, B. Canatan, A. Küçük (Edt.), *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal* (Ankara: Adres Yayınları) içinde, ss. 271-294.

Mustafa Erdoğan (2013), "Anayasal-Demokratik Bir Sistemde Özgürlük ve Güvenlik", İstanbul *Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* (Hukuk Sayısı), Yıl 12, Sayı 24/2, ss. 21-29.

DOKUZUNCU DERS

YARGININ BAĞIMSIZLIK VE TARAFSIZLIĞI

HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜNÜN BURAYA KADAR AÇIKLANAN GEREKLERİNİN hemen hemen hepsinin güvencesi mahkemeler tarafından yapılacak yargı denetimi olduğundan, denebilir ki, hukukun üstünlüğünün en önemli şartı yargının bağımsız ve tarafsız olmasıdır. Hatırlanacağı üzere, hukukun üstünlüğünün bir gereği olarak yargının bağımsızlık ve tarafsızlığına daha önce işaret edilmişti. Bu Derste bağımsızlık ve tarafsızlığın anlamı ve kurumsal gerekleri ile yargıyla ilgili diğer bazı sorunlar biraz daha ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

A. YARGININ BAĞIMSIZLIĞI

Yargının bağımsızlığı “kuvvetler ayrılığı” ilkesinin bir gereği olduğu kadar, hatta ondan da fazla, yargı işlevinin niteliğinin zorunlu kıldığı bir ilkedir. Yasama ve yürütme gibi yargı da devletin temel bir hukukî işlevidir. Yargı işlevi, “bağımsız mahkemelerin hukukî uyumsuzlukları ve hukuka aykırılık iddialarını kesin olarak çözüme ve karara bağlama”sı (Yanık 2014: 13) anlamına gelmektedir. Bu tanımdan da anlaşılacağı gibi, “bağımsızlık” yargının ilâve veya haricî bir özelliği değil, onun

tanımlayıcı (kurucu) bir unsurdur. Böyle bakıldığında mahkemelerin önüne “bağımsız” sıfatı koymak gereksiz bir fazlalıktır; buna rağmen bir yerde ısrarla “bağımsız mahkemeler”den söz ediliyorsa, ya orada “mahkeme” diye anılan kuruluşların bağımsız olmadığına ya da daha genel olarak bağımsızlık unsurunun yargı işlevi bakımından son derece önemli olduğuna dikkat çekilmek isteniyordur. Kısaca, “(b) bağımsız yargı, yönetilenlerin yasama ve yürütme organları karşısındaki en temel güvencesidir.” (Yanık 2014: 3)

Önceki Derslerden birinde işaret edildiği gibi, mahkemelerin bağımsızlığının birkaç yönü vardır. İlk olarak, mahkemeler kurumsal bağımsızlığa sahip olmalıdır. *Kurumsal veya organik bağımsızlık* mahkemelerin yürütme ve yasama organlarından ve kamu idaresinden bağımsız olarak örgütlenmesi ve hâkimlerin mesleğe kabul, görevlendirilme ve disiplin işlerinin yine bağımsız bir yargı kurulu tarafından yürütülmesi demektir. Türkiye’de bu konularla görevli yargısal kurul -2017 Anayasa değişikliğinden sonra aldığı isimle- Hâkimler ve Savcılar Kurulu’dur (HSK). Ne var ki, Adalet Bakanı’nın başkanı ve yöneticisi, Adalet Bakanlığı Müsteşarının⁹ doğal üyesi olduğu bu Kurul (Anayasa, m. 159) esas olarak yürütmenin bir uzantısı mahiyetinde olup, bu yapısıyla yargının bağımsızlığına hizmet etmesi zordur.

Mahkemelerin bağımsızlığının ikinci anlamı işlevsel-dir. İşlevsel *bağımsızlık*, hâkimlerin görevlerini yerine getirirken kamusal veya özel dış etkenlerden bağımsız olmaları, yani başka bir merciden (yasama, yürütme ve idareden, hatta diğer yargı yerlerinden) emir ve talimat

almadan sadece hukuka ve kendi vicdanî kanaatlerine göre karar vermelerini ifade etmektedir. Bu arada, T.C. Anayasası’nın 138. maddesi uyarınca mahkemelerin “Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak” hüküm vermeleri gereğinden çıkan başka bir sonuç da, mahkemelerin sadece Anayasa ve kanunları değil fakat evrensel anlamında “hukuk”u uygulamakla yükümlü olduklarıdır.

Belirtmek gerekir ki, işlevsel bağımsızlık bir yanıyla da sübjektiftir. Yani, hâkimlerin “sadece hukuka ve kendi vicdanî kanaatlerine göre” karar vermeleri, yalnızca dış etkenler tarafından değil, onların kendi önyargıları ve felsefî, dinî veya siyasî kanaatleri tarafından da engellenebilir. Yargıçların yargısal karar-verme sürecine kendi önyargılarını ve indî kanaatlerini karıştırmamalarını gerektiren bu anlamda bağımsızlığı sağlamak, aslına bakılırsa, kurumsal bağımsızlığı sağlamaktan da, diğer dış etkenlerden bağımsızlığı sağlamaktan da daha zor olabilir.

Yargının bağımsızlığının hukukun üstünlüğü açısından önemini anlamak zor olmasa gerektir. Bağımsız olmayan, yani devletin başka organ ve makamlarından talimat alan veya onların tavsiye ve telkinleriyle hareket eden bir mahkemenin, devletin taraf olduğu veya devlet-toplum ilişkisi bakımından önemli olan davalarda bu makamların istek veya beklentilerine uygun olarak hareket etmeleri ihtimal dahilindedir. Mahkemenin bu şekilde devleti kayırma sâikiyle hareket etmesi onun dava sonunda vereceği kararın adalet ve hakkaniyetten sapsmasını güçlü bir ihtimal haline getirir. Bu tür bir sapmanın sonucu da çoğu zaman kişilerin hak ve hukukunun çiğnenmesi olacaktır.

9 “Müsteşarlığın” 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararnâmeyle kaldırılmasından bu yana, onun yerine “İlgili Bakan Yardımcısı” HSK’nın doğal üyesi konumundadır.

B. YARGININ TARAFSIZLIĞI

Anayasanın değişik 9. maddesine göre, mahkemeler sadece bağımsız değil aynı zamanda tarafsız da olmak zorundadırlar. Aslına bakılırsa, tarafsızlık yargılama işinin ek veya hariç bir özelliği olmayıp, bu işlevin doğasında saklıdır; tarafsız olmayan “yargı(lama)”dan söz edilemez (Barden ve Murphy 2010: 145). Yargının tarafsızlığıyla kastedilen öncelikle mahkemelerin (hâkimlerin) tarafsızlığıdır. Yargının diğer unsurları olan savcı ve müdafî (avukat) taraftırlar; savcı “kamu”yu, avukat ise duruma göre sanığı veya davalıyı temsil eder. Ancak belirtmek gerekir ki, savcı ve avukatın taraf olmaları, onların temsil ettikleri tarafın çıkarlarını savunmak adına hukukun “objektif” anlamını bilerek gözardı edebilecekleri anlamına gelmez. Öyle olsaydı, onları adalete hizmet eden yargı unsurları olarak tanımlamak mümkün olmazdı.

Mahkemelerin tarafsızlığı başlıca iki anlama gelmektedir. İlk olarak, hukukun üstünlüğünün genel bir gereği olarak, kamusal yetki kullanan diğer bütün organ, makam ve görevliler gibi hâkimler de görevlerini *devletçi ideolojik kaygılardan uzak* bir şekilde yerine getirmek zorundadırlar. Bunun pratik anlamı, gerek resmî ideolojinin, gerekse “hikmet-i hükümet” gibi devlet merkezli siyasal öğretilerin hâkimlerin hukuku yorumlama tarzlarını ve dolayısıyla kararlarını etkilemesine izin vermemeleri gereğidir. Şeklî olarak devlet görevlisi olsalar da, hâkimlerin devletin öncelik ve ihtiyaçlarını değil fakat hukuk ve adalet çerçevesinde tarafların hak ve menfaatlerini gözetmeleri gerekir. Bu arada, aynen bağımsızlık gibi, bu anlamda tarafsızlık da yargıçların hâkimlik teminatına sahip olmalarını gerektirmektedir.

Mahkemelerin tarafsızlığının ikinci anlamı ise, dava ya bakan hâkimlerin *davanın tarafları karşısında tarafsız* olmalarıyla ilgilidir. Kısaca, mahkeme davacının veya davalının tarafını tutmak sâikiyle hukuku çarpıtamaz. Usul kanunlarında yer verilen “hâkimin reddi”yle ve “hâkimin çekilmesi”yle ilgili düzenlemeler mahkemelerin bu anlamdaki tarafsızlığını sağlama amacına yöneliktir. Hâkimler için söz konusu olan “ihsâs-ı rey” (görüşünü önceden belli etme) yasağı da aynı ilkenin başka bir gereğidir. Her iki anlamda da tarafsız olmayan bir yargı “adalet dağıtamaz.”

C. SAVUNMA MESLEĞİ OLARAK AVUKATLIK

Türkiye’nin hukuk sisteminde avukatlık “kamu hizmeti” zelliği taşıyan bir serbest meslektir. Avukatlığın bir *kamu hizmeti* sayılması, avukatların devletin temel işlevlerinden olan yargılama faaliyetinde tarafları temsil yetkisi bakımından tekele sahip olmalarından ve “savunma”nın yargılamadaki hayati öneminden ileri gelmektedir. “Savunma” ceza yargılamasında yargıktan sonraki en önemli unsurdur. Nitekim Türk Ceza Kanunu (m. 6/1) hâkimler ve savcılarla birlikte avukatların da “yargı görevi” yaptıklarını belirtmiştir. Bu husus Avukatlık Kanunu (m. 1/d) tarafından da teyit edilmiştir. Bu hükümler, “savunma”nın Anayasa tarafından (m. 36) kişiler için temel bir hak olarak tanınmasıyla da tutarlıdır. Ceza davalarında “savunma”nın her bakımdan iddia makamıyla eşit konumda olmasını (“silâhların eşitliği”ni gerektiren temel neden de budur. Yargılamada profesyonel savunma görevi avukatlar tarafından yerine getirilir. Kısaca avukatların yerine getirdikleri profesyonel hizmet yargısal işlevin ayrılmaz bir parçasıdır.

Ancak, avukatlık hizmetinin “serbestliği”, mesleği icra edenlerin “kamu kurumu niteliğindeki” (Anayasa, m. 135) ilgili meslek kuruluşlarına (barolara) zorunlu üye olmalarının gerekleriyle sınırlıdır. Ayrıca, “kamu kurumu niteliğinde” sayılmalarıyla tutarlı olarak, barolar aslında tamamen bağımsız kuruluşlar olmayıp Adalet Bakanlığı’nın vesayeti altında çalışırlar. Barolara zorunlu üyelik her ne kadar avukatlığın “serbest” bir meslek olmasıyla bağdaşmaz görünüyorsa da, bu husus mesleğin kendine özgü niteliğinin ve bu arada onun kamusal özelliğinin bir gereği olarak görülmelidir. Avukatlık mesleğinin düzen ve disiplinini sağlamanın ve moral otoritesini korumanın en uygun yolunun bu olduğu söylenebilir. Nitekim, istisnaları olmakla beraber, bu, medenî ülkelerde avukatlık mesleğinin örgütlenmesine ilişkin olan baskın modeldir.

Sonuç olarak, Anayasada avukatlığın yargının bir unsuru olduğunun belirtilmemiş olması ve ilgili mevzuatın barolar üzerinde Adalet Bakanlığının vesayetini kurumlaştırmış olması, öteden beri Türk sisteminin avukatlık mesleğiyle ilgili olarak eleştiriye açık olan başlıca hususlarıdır. Şimdi bunlara bir de çoklu baro sistemi eklenmiş bulunuyor.

D. SAVCILIK MESLEĞİ

Savcılık da savunma mesleği gibi yargının önemli bir unsurudur. Savcı ceza yargılamasında “kamu” adına suçları soruşturan ve dava açan kişidir. Savcı soruşturmakta olduğu suçun “şüpheli”sine karşı iddiada bulunmakla beraber, şüphelinin sadece aleyhindeki değil, lehindeki kanıtları da toplamakla görevlidir. Savcılar böylece maddî hakikatin ortaya çıkarılmasına ve dolayısıyla adaletin gerçekleşmesine katkı yapar (Yanık 2014: 20, 22).

Ceza yargılamasında “mahkeme” iddia makamını temsil eden savcuyu da içeren bir kavramdır. Bu nedenle, idarî görevleri de bulunmasına bakarak, savcı Adalet Bakanlığının idarî hiyerarşisi içinde yer alan herhangi bir kamu görevlisi olarak görülemez. Savcıların en azından yargısal işlevleri açısından bağımsız olduklarını kabul etmek gerekir. Savcının kimi suçlarla ilgili olarak Adalet Bakanı’nın talimatıyla dava açması onun yargısal işlevini bağımsız olarak yerine getiremeyeceği anlamına gelmez. Çünkü, belirttiğimiz gibi, savcının “kamu adına” hareket ederek şüphelinin sadece aleyhine olan değil lehine de olan delilleri toplayarak adaletin tahakkukuna hizmet etmesi beklenir.

ARAŞTIRMA VE TARTIŞMA SORULARI

1. Yargının bağımsızlığını sağlamak için yargı teşkilâtı nasıl düzenlenmelidir? Hâkimliğin bir kariyer mesleği olarak öngörülmesi zorunlu mudur? İstisnai bir görev haline getirilmesi düşünülebilir mi? Yargı teşkilâtının ve mesleğe kabulün yerel düzeyde teşkilatlanması mümkün müdür? Bağımsızlığa katkı yapar mı?
2. Mevcut yapısıyla HSK’nın yargı bağımsızlığı açısından ne gibi sorunları vardır?
3. Yargının hesapverebilirliği nasıl sağlanmalıdır? Hesap verebilirlik ile bağımsızlık uyumlulaştırılabilir mi?
4. Ülkemizde savcılık mesleği nasıl tekilatlanmalıdır? Doğrudan savcılığa bağlı bir adli kolluk teşkilatına ihtiyaç var mıdır?
5. Avukatlık mesleğinin yapısı ve işleyişine ilişkin temel sorunlar nelerdir ve hukukun üstünlüğü açısından nasıl etkiler doğurmaktadır?

OKUMA ÖNERİSİ

Venedik Komisyonu “Report on The Independence of The Judicial System Part I: The Independence of Judges”, (CDL-AD (2010)004, 16 Mart 2010; Türkçesi: Yargı Sistemlerinin Bağımsızlığı Raporu, Bö-

lüm 1: Hâkimlerin Bağımsızlığı [https://www.venice.coe.int/web-forms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)004-tur](https://www.venice.coe.int/web-forms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)004-tur)

Yanık, Murat (2014), *Yargının Yönetimi ve Denetimi* (İstanbul: Der Yayınları).

ONUNCU DERS

HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ VE İNSAN HAKLARI

DÖRDÜNCÜ DERS’TE HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜNÜN İNSAN HAKLARIYLA İLİŞKİSİNİ ELE ALMIŞ VE BU İLKENİN EN AZINDAN “koruyucu insan hakları”nın anayasal olarak tanınıp güvence altına alınmasını gerektirdiği sonucuna varmıştık. Şimdi de insan haklarının anayasal olarak tanınmasıyla ve genel olarak korunmasıyla ilgili teknik ağırlıklı diğer konuları gözden geçirelim.

A. İNSAN HAKLARININ ANAYASAL OLARAK TANINMASI

İnsan hakları sadece anayasada sayılmakla güvence altına alınmış ve korunmuş olmazlar. Anayasal temel haklara duruma göre kamu yararı ve toplum hayatının diğer zorunlulukları bakımından ne tür kısıtlamalar getirilebileceği ve bunun için hangi usullerin izleneceği de anayasa ve kanunlarla gösterilmelidir. Hukukun üstünlüğü bakımından, koruyucu hakların anayasada bir liste halinde gösterilmesinden daha önemli olan, temel haklar rejimiyle ilgili temel ilkeleri anayasallaştırmaktır. Bunların başında, bu hakların insan kişiliğinden ayrılmaz, doğal haklar olduklarının vurgulanması ve “özgürlük karinesi”nin anayasallaştırılması gelmektedir.

Öte yandan, temel hakların anayasal olarak tanınması bu hakların hepsinin tanınmasında tek tek sayılıp tanımlanmasını zorunlu kılmaz. Çünkü, tanım her bir hak bakımından mümkün, hatta yerine göre uygun olmayabilir. Açık-seçik bir tanım elbette anayasal hakların mahkemeler ve diğer mercilerce yorumlanmasında kolaylık sağlar ve ihtilâfların azalmasına katkı yapar. Bu bakımdan, kapsamı üzerinde hem teorik hem de demokratik olarak görüş birliği olan temel hakların anayasada tanımlanması uygun olabilir. Ancak, konusu ve kapsamı bakımından ihtilâflı olan veya içeriği açık-seçik bir tanıma gelmeyecek kadar sezgisel olarak “bilinen” hakları tanımlayarak dondurmamak sakıncalı olabilir. Böyle yapmak, en başta, söz konusu olan hakkın zaman içinde dinamik yorumunu engelleyebilir.

B. TEMEL HAKLAR REJİMİNİN ESASLARI

Başta “koruyucu” nitelikte olanları (“özgürlük ve dokunulmazlık hakları”) olmak üzere, insan haklarının anayasallaştırılmasıyla ilgili asıl mesele, bu hakların “gerektiğinde” hangi gerekçelerle, ne ölçüde ve nasıl (yani hangi usul veya usuller izlenerek) kısıtlanacağını açık-seçik bir biçimde anayasada gösterilmesidir. Öyle veya böyle, bütün insan hakları belgelerinde ve anayasalarda insan haklarının –daha doğrusu, temel hakların– bazı nedenlerle sınırlanabileceği kabul edilmiş olduğuna göre, söz konusu hususlarla ilgili esasların önceden herkesçe bilinmesi bu hakların korunması bakımından vazgeçilmez önemdedir.

Bu noktada gözetilmesi gereken en önemli husus, *hakların sınırlanmasını* “gerektiren” nedenleri mümkün olan en az sayıda tutmak ve bunları mümkün olduğunca keyfî yorumlara açık kapı bırakmayacak şekilde formü-

le etmektir. “Mümkün olduğunca” dememizin nedeni açıktır: Hakları sınırlamayı “gerektiren” nedenler ve bunların kesin anlamları konusunda herkesin hemfikir olduğu bir görüşe ulaşmak ne yazık ki mümkün görünmemektedir. Bu arada belirtmek gerekir ki, temel hakları sınırlamanın en yaygın kabul gören gerekçesi olan “kamu yararı” terimi, bile, genellikle sanıldığı aksine, bütünüyle problemsiz değildir. Çünkü, “insan hakkı” temel fikrine aykırı olarak, “kamu yararı” veya toplum menfaati gibi kavramların devletin yararı, “hazine menfaati”, bir grubun çıkarı veya çoğunluğun çıkarı veya değerleri olarak anlaşılması ihtimali vardır.

Temel hakların kısıtlanmasıyla ilgili başka bir sorun, anayasaya “*temel hakların kötüye kullanılması*” yasağını belirten bir hükmün konmasının gerekip gerekmediğidir. Denebilir ki, kötüye kullanma yasağı hakların doğasından kaynaklandığı için mahkemeler tarafından zaten re’sen dikkate alınmak durumundadır. Bundan dolayı, temel hakların kötüye kullanılması yasağının ayrı bir anayasal hüküm haline getirilmesine gerek yoktur. Ayrıca, özgürlük karinesini gözardı eden idarî makamlar, hatta mahkemeler “kötüye kullanma yasağı”-nı kolaylıkla temel haklarını kullanmak isteyen kişiler üzerinde adeta bir “Demokles Kılıcı”na dönüştürebilirler. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de 18. maddesinde kamu otoritelerinin bu eğilimine karşı bir tedbir olarak temel hakları sınırlama yetkisinin devlet tarafından amacı dışında kullanılmasını yasaklayan bir hükme yer vermiştir. AİHM de son yıllarda bu maddeye dayanarak pek çok ihlâl kararları vermiştir. Bu kararlarının önemli bir kısmı tutuklama tedbirinin amacı dışında kullanılması ile ilgilidir, ancak bununla sınırlı değildir.¹

¹ Jafarov/Azərbaycan, B. No. 69981/14, 17.03.2016; Merabishvili/Gürcistan (BD), B. no. 72508/13, 28.11.2017

Kısaca, özellikle siyasetçileri ve bürokrasiyi (bu arada yargıyı da) büyük ölçüde devletçi siyasî felsefenin (“*hikmet-i hükûmet*”in de denebilir) yönlendirdiği ülkemizde “hakların kötüye kullanılması” kavramı insan haklarının korunması açısından çok ciddî bir risk taşımaktadır.²

Temel hakların anayasal rejimiyle ilgili başka bir konu *olağanüstü hallerde* başvurulacak “durdurma” ve “askıya alma” tedbirlerinin taşıdığı potansiyel riskle ilgilidir. Olağanüstü rejimlerde insan haklarının korunması meselesine nasıl bakılması gerektiğini yukarıda Sekizinci Derste prensip düzeyinde ele almıştık. Burada şu kadarını belirtmekle yetiniyoruz: Olağanüstü yönetim toplumun dirlik-düzenine ve barışına yönelen büyük bir tehditle baş etmek amacıyla temel hakların daha fazla kısıtlanmasını gerektir, ama paradoksal olarak, olağanüstü rejimde bu haklar daha fazla tehdit altında olduklarından dolayı aynı zamanda daha fazla korunmaya ihtiyaç duyarlar. Bu nedenle Anayasa ve kanunların olağanüstü yönetimde Yürütme ve İdarenin temel hakların kısıtlanması ve kişilere yükümlülükler getirilmesiyle ilgili yetkilerinin sınırlarını gösteren açık-seçik kurallar içermeleri gerekir. Bu arada, olağanüstü dönemlerde kişilerin temel haklarını korumanın en önemli yöntemi yargı denetimidir; onun için olağanüstü hallerde yargı yolunun açık olması şarttır.

C. İNSAN HAKLARINI KORUMA MEKANİZMALARI

İnsan haklarının devletler tarafından resmen tanınarak anayasal ve kanunî bir rejime bağlanması hukukun üstünlüğü açısından vazgeçilmez önemde olmakla beraber, bu hakların kamu otoriteleri veya kamu personeli

tarafından ihlâl edilmeleri durumunda çare olarak başvurulacak ulusal ve hatta uluslararası yolları da içermediği sürece bu rejim insan haklarını korumak için yeterli olmayacaktır. Onun için anayasal-demokratik rejimler genellikle temel hakları ihlâl edilen kişilerin ihlâli ortadan kaldırmak ve onun zararlı etkilerini gidermek üzere izleyeceği usul ve mekanizmaları da düzenlemektedirler.

Bu başlık altında Türkiye’de kişiler için var olan ulusal ve uluslararası hak arama yolları özetlenecektir.³

1. Ulusal Düzeyde Koruma

Hakları ihlâl edilen kişilerin bu durumun giderilmesini sağlamak üzere “yetkili makam”lara başvurma hakkına sahip oldukları T.C. Anayasasının 40. maddesinde açıkça belirtilmiştir. Hak aramada en etkili ve nihâi yetkili merciler ise mahkemelerdir. Nitekim, Anayasa’nın 36. maddesine göre, “(h)erkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma [...] hakkına sahiptir.” Aynı maddenin 2. fıkrasında “(h)içbir mahkeme görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz” denmektedir ki mahkemelerin bu yükümlülüğü kişiler lehine bir temel hak doğurur. Nitekim, Anayasanın kişi hakları bölümünde yer alan 36. maddesinin başlığı “hak arama hürriyeti”dir.

Yargı yolu, kısaca, hakkı çiğnenen veya hakkını elde etmek isteyen kişinin yetkili ve görevli mahkemede dava açması demektir. Anayasa tarafından tanınmış olan bu hak şüphesiz kişinin kendisine karşı açılan bir davada kendi haklarını savunmasını da kapsamaktadır. Hak

² Bu konuda ayrıca bkz., Erdoğan 2019: 90-93.

³ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz., Erdoğan 2018: 303-329.

aranılan mahkeme, duruma göre, adlî veya idarî bir mahkeme olabileceği gibi, “bireysel başvuru” yoluyla (Anayasa, m. 148) Anayasa Mahkemesi de olabilir. Ancak bireysel başvuru yoluna sadece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki anayasal temel haklar için ve olağan kanunlarının tüketilmiş olması şartıyla gidilebilir.

Ayrıca, yargısal yollar kadar etkili olmasa da Türkiye'nin sisteminde hakların korunmasına hizmet eden başka (idarî ve siyasî) yollar da vardır. Nitekim, Anayasanın 74. maddesine göre, kişiler kamuyla ve kendileriyle ilgili dilek ve şikâyetlerini “yetkili idarî makamlar” a ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne iletmek suretiyle de hak arayabilirler. Aynı maddede kişilere tanınan kamu denetçisine “idarenin işleyişiyle ilgili şikâyet”te bulunma hakkı da başka bir idarî başvuru (hak arama) yoludur. Bu arada, idarî başvurunun özel bir türü olarak, Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı ile İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarına başvurulabilir. Ayrıca, insan hakları ve ayrımcılık yasağı ihlalleriyle ilgili olarak bağlayıcı karar alabilen Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'na da başvurulabilir (Gözler 2017: 447-48). Nihayet, belli konularda kamu makamlarından bilgi alma anayasal hakkı (m. 74) da insan haklarının korunmasına hizmet edebilecek bir hak arama yoludur.

2. Uluslararası Düzeyde Koruma

İnsan haklarını uluslararası düzeyde koruma yollarının Türkiye açısından en önemlileri, Birleşmiş Milletler (BM) koruma mekanizmaları ile Avrupa Konseyi'nin insan hakları koruma sistemidir.

a. Birleşmiş Milletler Sistemi

Birleşmiş Milletler'in insan hakları koruma sisteminin bir yanını BM Antlaşması'yla kurulmuş olan Ekonomik ve Sosyal Konsey ve ona bağlı İnsan Hakları Komisyonu ile Kadınların Statüsü Komisyonu oluştururken; öbür yanında Sivil ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi ile İktisadî, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin kurdukları, sırasıyla, İnsan Hakları Komitesi ile İktisadî, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi yer almaktadır. Ayrıca, çalışanların haklarıyla ilgili olarak Uluslararası Çalışma Örgütü mekanizmaları vardır. Bunların yanında, BM insan hakları sisteminin işleyişini koordine etmek üzere BM Genel Kurulu tarafından 1993 yılında İnsan Hakları Yüksek Komiserliği kurulmuştur. “Yüksek Komiser, Birleşmiş Milletler Sistemi içinde insan hakları ile ilgili faaliyetlerden sorumlu BM Genel Sekreter yardımcısı konumundadır.” (Eren 2012: 81).

Özel insan hakları ihlallerini değilse de “insan haklarına yönelik, delillere dayanan ve sürekli bir uygulama (niteliği) kazanmış genel ihlalleri içeren” şikâyetleri (Erdoğan 2018: 316) araştırmak ve “dostane çözüm”e bağlamakla yetkili olan İnsan Hakları Komisyonu 2006 yılında kaldırılarak onun yerine İnsan Hakları Konseyi kurulmuştur. 1977 yılında kurulmuş olan İnsan Hakları Komitesi'nin, “genel yorumlar” üretmek ve devletlerin birbirleri hakkındaki şikâyetlerini dostça bir çözüme bağlamak dışında en önemli işlevi bireysel başvuruları karara bağlamaktır. Türkiye bu mekanizmayı öngören Sivil ve Siyasal Haklar Sözleşmesi Ek Protokolü'nü 2006 yılında onayladığından, Türk vatandaşları da Komite'ye bireysel başvuru yapabilirler. İktisadî, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi ise 1985 yılında kurulmuş olup, taraf

devletlerin Sözleşmede öngörülen hakların korunması yolunda sağladıkları gelişmeler hakkındaki periyodik raporlarını incelemek ve ayrıca Sözleşmenin uygulanmasıyla ilgili “genel yorumlar” üretmekle görevlidir. Türkiye 2003 yılından itibaren bu denetim mekanizmasına da taraftır. Nihayet ILO bünyesinde, biri rapor incelemesine diğeri ise şikâyetlere bağlı olarak işleyen iki ayrı denetim mekanizması yer almaktadır.

b. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) uyarınca kurulmuş olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) insan haklarının korunması konusunda en etkili uluslararası yargısal organdır. İnsan haklarını korumada ve özel olarak ihlâlleri gidermede ilk görev her devletin kendi ulusal makamlarına (yargı, yasama ve idare makamlarına) düşmektedir. Dolayısıyla, Avrupa Mahkemesi'nin bu çerçevede yerine getirdiği işlev, ulusal düzeydeki denetim bakımından tamamlayıcı niteliktedir. Onun içindir ki, Sözleşme'yle tanınan haklarından birinin ihlâl edildiği iddiasında bulunan kişilerin AİHM'ye başvurmadan önce *iç hukuk yollarını* tüketmiş olmaları gerekir. Bu arada, Sözleşme'yi yeniden düzenleyen ve 1998 tarihinde yürürlüğe giren 11 No.lu Protokol kişisel başvuru yolunun işletilmesini taraf devletlerin iradesine bağlı olmaktan çıkarmıştır.

AİHM taraf devletlerin sayısı kadar yargıçtan oluşmaktadır. Yargıçların “üstün ahlâkî vasıflar”a sahip olup, alanında uzmanlık ve ehliyetleriyle ün yapmış kişiler olması gerekmektedir. 2010 yılında yürürlüğe giren 14 Nolu Protokol uyarınca yargıçlar bir defalığına ve dokuz yıl için seçilebilir ve en fazla 70 yaşına kadar görev ya-

pabilirler. Yargıçlar görevlerini, seçildikleri ülkeden bağımsız olarak kendi adlarına yerine getirirler. Mahkeme yargısal işlevini Tek Yargıç, Komiteler, Daireler ve Büyük Daire aracılığıyla yerine getirmektedir. Komitelerin üçer, Dairelerin yedişer, Büyük Daire'nin ise 17 üyesi vardır. Buna karşılık, bütün yargıçlardan oluşan Genel Kurul sadece idarî yetkilerle donatılmıştır. Mahkeme kendisine bir Başkan ile bir veya iki Başkan yardımcısı seçer. Başkanın görev süresi üç yıldır.

AİHS ve ek Protokollerle ilgili olarak ciddi yorum sorunlarının ortaya çıkması veya Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarına aykırı karar verilmesi ihtimalinin belirmesi durumunda, eğer taraflar itiraz etmezlerse ilgili Daire Büyük Daire lehine davadaki yargı yetkisinden vazgeçebilir. Sözleşme'nin 11. Protokol'le değişik 43. maddesine göre, yine ciddi bir yorum sorunu nedeniyle taraflardan biri de ilgili Daire'nin kararını vermesinden itibaren üç ay içinde davanın Büyük Daire'ye götürülmesini isteyebilir. Her durumda Büyük Daire'nin kararları kesin olup uygulanması zorunludur. AİHM'nin kararların uygulanmasını Bakanlar Komitesi takip eder.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne devletler de başvurabilmekle beraber, insan haklarının korunmasında asıl etkili olan kişisel başvuru yoludur. Ancak bu yola başvurulabilmesi için, kendisine karşı başvuruda bulunan devletin iç hukukundaki bütün yasal başvuru yolları tüketilmiş olmalı ve başvuru kesin karardan itibaren altı ay içinde yapılmış olmalıdır. Ayrıca, başvuru açıkça dayanaktan yoksun olmamalı veya başvuru hakkının kötüye kullanılması niteliğini taşımamalıdır. Mahkeme kendisine ulaşan kişisel başvuruyu kabul edilebilir bulursa, uyuşmazlığı “*dostane çözüm*” ile de sonuçlandırabilir. Başvurucu ile şikâyet edilen devlet arasında bir

uzlaşma sağlamaya yönelik olan dostane çözüm süreci gizli yürütülür. Taraflar yargılamanın her aşamasında başvuruyu dostane çözümle sonuçlandırabilirler. Dostane çözüme ulaşılmaması halinde Daire başvuruyu kayıttan düşürür.

AİHM başvurunun esasını incelerken ihlâl iddiasına ilişkin maddi olguları tespit etmek amacıyla gerekli araştırmaları yapar, bilgi ve belgeleri toplar, tanık dinleyebilir. İlgili devletler bu konuda Mahkemeye her türlü kolaylığı sağlamakla yükümlüdürler. Duruşmalar prensip olarak alenî (herkese açık) olmakla beraber, Mahkeme istisnâî olarak duruşmanın gizli yapılmasına karar verebilir. Mahkeme gerektiğinde *ihtiyati tedbir* kararı almaya da yetkilidir.

c. Avrupa Sosyal Yasası Sistemi

Avrupa'daki diğer bölgesel insan hakları koruma sistemi Avrupa Sosyal Yasası'nın öngördüğü Avrupa Sosyal Haklar Komitesi ile Hükümet Komitesi'nden oluşmaktadır. Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin taraf devletlerce önerilen ve 1991 yılından itibaren Parlamenter Meclis tarafından seçilen uzmanlardan oluşan 15 üyesi vardır. Komite'nin esas görevi taraf devletlerin iki yılda bir sunmakla yükümlü oldukları raporları inceleyip sonuçlandırmaktır. Sözleşmeciler devletlerin birer temsilcisinden oluşan Hükümet Komitesi ise hak ihlâli yapan devletler hakkında Bakanlar Komitesi'ne uyarı veya tavsiye kararı önerisinde bulunabilir.

ARAŞTIRMA VE TARTIŞMA SORULARI

1. İnsan haklarının korunması ile hukukun üstünlüğü arasında nasıl bir ilişki vardır?

2. İnsan haklarının everenselliği ile hukuk önünde eşitlik ilkesi arasında felsefi bir ilişki var mıdır? Farklı toplumlar ve kültürler için farklı insan hakları standartları bulunabilir mi?
3. Türkiye'de insan hakları koruma mekanizmaları ne ölçüde başarılı olmuştur? Başarısızlığın temel nedenleri nelerdir?
4. İnsan haklarını korumada uluslararası insan hakları mekanizmaları ne ölçüde başarılıdır?
5. İkinci dünya savaşı sırasındaki vahşetlerin yeniden yaşanmaması amacıyla "bir daha asla" sloganıyla oluşturulan Avrupa koruma mekanizmaları 1990'larda Balkanlar ve Bosna Hersek'te soykırımı önlemekte, 2010'lardan sonra pek çok Konsey üyesi ülkede populist iktidarların yaygın hak ihallerini önlemede niçin başarısız olmuştur?

OKUMA ÖNERİSİ

Mustafa Erdoğan, İnsan Hakları: Teorisi ve Hukuku (Ankara: Orion Kitabevi, 6. b., 2018), Dördüncü Bölüm, ss. 303-329.

Evan Fox-Decent, "Is The Rule Of Law Really Indifferent to Human Rights? Law and Philosophy, Vol. 27, No. 6 (November, 2008), ss. 533-581.

KAYNAKLAR

- Barden, G. & Murphy, T. (2010), *Law and Justice in Community* (Oxford and New York: Oxford University Press).
- Campbell, Tom (2001), *Justice* (MacMillan, 2nd. ed.)
- Chevallier, Jacques (2010), *Hukuk Devleti*, Çev. Gürcan, E. C. (Ankara: İmaj).
- Craig, Paul P. (1997) "Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework", *Public Law*, 1997, ss. 467-487
- Çavuşoğlu, Naz (1994), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topululuk Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler (Ankara: AÜSBF Yayını).
- Erdoğan, Mustafa (2019), "Hukuk, Kanun, Yasa(ma)", *Pasalar Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl 1, N0. 1, ss. 37-49.
- Erdoğan, Mustafa (2019a), *Anayasa Hukukuna Giriş: Genel Esaslar* (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2. b.).
- Erdoğan, Mustafa (2019b), *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Hukuk Yayınları, 2. b.)
- Erdoğan, Mustafa (2018), İnsan Hakları: Teorisi ve Hukuku (Ankara: Orion Kitabevi, 6. b.)
- Erdoğan, Mustafa (2017), *Hukuk ve Adalet* (Ankara: Hukuk Yayınları).
- Erdoğan, Mustafa (2016), *Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset* (Ankara: Orion, 9. b.)

- Erdoğan, Mustafa (2015), "Hukuk, Hukukun Üstünlüğü ve Adalet", *Haşim Kılıç'a Armağan*, Cilt 1 (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları), ss. 331-347.
- Erdoğan, Mustafa (2015a), *Hukukun Üstünlüğü ve Türkiye* (Ankara: Özgürlük Araştırmaları Derneği yayını).
- Erdoğan, Mustafa (2013), "Anayasal-Demokratik Bir Rejimde Özgürlük ve Güvenlik", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi (Hukuk Sayısı)*, Yıl 12, Sayı 24/2 (Güz), ss. 21-29.
- Eren, Abdurrahman (2012), *Ulusal İnsan Hakları Kurumları: Uluslararası Standartlara Uygunluğun Yorum İlkeleri* (İstanbul: On İki Levha).
- Finnis, John (1980), *Natural Law and Natural Rights* (Oxford: Clarendon Press)
- Fuller, Lon L. (1969), *The Morality of Law* (New Haven & London: Yale University Press, rev. ed.)
- Gifis, Steven H. (1998), *Dictionary of Legal Terms* (New York: Barron's, 3rd ed.).
- Gölcüklü, F. & Gözübüyük, A. Ş. (2002), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması* (Ankara: Turhan Kitabevi).
- Gözler, Kemal (2017), *İnsan Hakları Hukuku* (Bursa: Ekin).
- Hasnas, John (2018), "The Corruption of the Rule of Law", *Social Philosophy and Policy*, Vol. 35, No. 2, ss. 122-30.
- Hayek, F. A. (2013), *Özgürlüğün Anayasası*, Çelikkaya, Y. Z. (Çev.) (Ankara: BigBang Yayınları).
- Hayek, F. A. (2012), *Hukuk, Yasama ve Özgürlük*, Çev. Yayla, A. & Erdoğan, M. & Öz, M. (Ankara: Türkiye İş Bankası).
- Hayek, F. A. (2006/1960), *The Constitution of Liberty* (Routledge Classics).
- Hayek, F. A. (2005), *The Road to Serfdom* with The Intellectuals and Socialism (London: IEA, condensed version).
- Sibel İnceoğlu (2008), *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılama Hakkı* (İstanbul: Beta, 3. b.)
- Leoni, Bruno ((1991), *Freedom and the Law* (Indianapolis: Liberty Fund).
- Loughlin, Martin (2015), "The Apotheosis of an Ambiguity: The Rule of Law in Contemporary Political Discourse", *Özgürlük Araştırmaları Derneği'nin İstanbul'da düzenlediği Türkiye'de Hukukun Üstünlüğü Konferansı'nda sunulan tebliğ*, 16 Ekim.
- Ratnapala, Suri (2009), *Jurisprudence* (Cambridge, UK: Cambridge University Press).
- Raz, Joseph (2008), "Hukuk Devleti ve Erdemi", Çev. B. Canatan, *Hukuk Devleti: Hukukî Bir İlke Siyasî Bir İdeal* (Ankara: Adres), ss. 149-166.
- Rijpkema, Peter (2013), "The Rule of Law Beyond Thick and Thin", *Law and Philosophy*, n. 32, ss. 793-816.
- Simmonds, NE (2010); "Reflexivity and the Idea of Law", *Jurisprudence: An International Journal of Legal and Political Thought*, Vol. 1, No. 1, ss. 1-23.
- Tamanaha, Brian (2007), "A Concise Guide to the Rule of Law", St. John's Legal Studies Research Paper No. 07-0082. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract/1012051>
- Waldron, Jeremy (2016), "The Rule of Law", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/rule-of-law/>>
- Waldron, Jeremy (2011), "The Rule of Law and the Importance of Procedure", Fleming, James E. (ed.), *Getting to the Rule of Law* (New York University Press), pp. 3-31.
- Yanık, Murat (2014), *Yargının Yönetimi ve Denetimi* (İstanbul: Der Yayınları).
- Zanghellini, Aleardo (2017), "The Foundations of the Rule of Law", *Yale Journal of Law and the Humanities*, Vol. 28/2, ss. 213-40. Available at: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjlh/vol28/iss2/2>

ARKA KAPAK

Bu Elkitabının amacı hukukun üstünlüğü idealinin anlamını ve gereklerini bütün yönleriyle ama özlü bir şekilde tanıtmaktır. Bu, maalesef Türkiye’de şimdiye kadar pek yapılmış olan bir şey değildir. Esas olarak teorik bir incelemeden oluşmakla beraber, kitap “hukukun üstünlüğü”nün gereklerinin Türkiye’de ne ölçüde karşılıklarını bulduğunu sorgulamayı da ihmal etmemiştir. Doğrusunu söylemek gerekirse, Türkiye’nin siyasî rejiminin halihazırda içinde bulunduğu müessif durum düşünülürse, bu kitap tam da zamanında kamunun dikkatine sunulmaktadır. *Hukukun Üstünlüğü Elkitabı*’nın yazarının mesleği gereği alışkın olduğu akademik üslubun etkilerinden tümüyle arınmış olduğu da söylenebilir de, üslubu ve içeriği bakımından pedagojik amaçlara mümkün olduğunca sadık kalınmıştır.