

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Hasan SUNTUR

**1982 ANAYASASI'NDA
HUKUK DEVLETİ İLE İLGİLİ DEĞİŞİKLİKLER**

Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2011

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Hasan SUNTUR

**1982 ANAYASASI'NDA
HUKUK DEVLETİ İLE İLGİLİ DEĞİŞİKLİKLER**

Danışman

Yrd. Doç. Dr. İbrahim Uğur ESGÜN

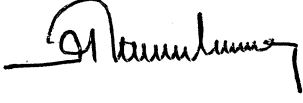
Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi


Antalya, 2011

Akdeniz Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Hasan SUNTUR'un bu çalışması, jürimiz tarafından Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan Doç.Dr. Muharrem KILIÇ 

Üye (Danışmanı) : Yrd.Doç.Dr. İlgür EŞGÖN 

Üye Yrd.Doç.Dr. Mustafa Erdem CAN 

Tez Konusu:

1982 Anayasası'nda Hukuk Devleti ile İlgili
Değişiklikler

Onay : Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Tez Savunma Tarihi 24/06/2011

Mezuniyet Tarihi :28/06/2011

Prof.Dr.Mehmet ŞEN
Müdür

.....

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR LİSTESİ	iii
ÖZET.....	iv
SUMMARY.....	v
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK ANAYASAL TARİHİNDE HUKUK DEVLETİNİN GELİŞİMİ

1.1.Osmanlı Devleti Döneminde Hukuk Devleti.....	8
1.1.1. Türk Tarihinde İlk Anayasal Belgeler.....	9
1.1.1.1. Sened-i İttifak.....	9
1.1.1.2. Tanzimat ve Islahat Fermanları.....	11
1.1.2. İlk Türk Anayasası Olarak Kanun-i Esasi.....	15
1.1.2.1. Meşrutiyet Dönemi ve Hukuk Devleti.....	15
1.1.2.2. Kanun-i Esasi’de Hukuk Devleti İle İlgili Hükümler ve Değişiklikler.....	19
1.2.Cumhuriyet Döneminde Hukuk Devleti.....	22
1.2.1. Cumhuriyetin Kuruluşundan 1961 Anayasası Dönemine Kadar Hukuk Devletinin Gelişimi.....	23
1.2.1.1. 1921 Teşkilatı Esasiye Kanunu (1921 Anayasası).....	23
1.2.1.2. 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu (1924 Anayasası).....	26
1.2.2. 1961 Anayasası Dönemi.....	29
1.2.2.1. 27 Mayıs 1960 Askeri Müdahalesi.....	29
1.2.2.2. 1961 Anayasası’nda Hukuk Devleti Vurgusu ve Düzenlemeleri.....	32
1.2.2.3. 12 Mart 1971 Askeri Muhtırasının Anayasal Düzene ve Hukuk Devletine Etkisi.....	37

İKİNCİ BÖLÜM

1982 ANAYASASI VE HUKUK DEVLETİ

2.1. 12 Eylül 1980 Askeri Müdahalesinin Türk Anayasal Düzenini Yeniden Kurması.....	40
2.1.1.Demokratik Hayata Geçiş Dönemi (1980-1983).....	44
2.1.2. Askeri Vesayetin Anayasal Anlamda Bitmesi (1983-1989).....	45
2.1.3.1982 Anayasası’nın İlk Şekli ve Hukuk Devleti.....	47
2.2. 1982 Anayasası’ndaki Değişiklikler ve Hukuk Devletinin Gelişim Aşamaları.....	51

2.2.1.Hukuk Devleti İle Doğrudan İlgili Olmayan Anayasa Değişiklikleri.....	51
2.2.1.1. 1987 Değişiklikleri.....	51
2.2.1.2. 1995 Değişiklikleri.....	57
2.2.1.3. 2005 Değişiklikleri.....	71
2.2.1.4. 2006 Değişiklikleri.....	73
2.2.1.5. 2007 Değişiklikleri.....	74
2.2.2.Hukuk Devleti İle Doğrudan İlgili Olan Anayasa değişiklikleri.....	82
2.2.2.1. 1993-2002-2005 Değişiklikleri ve İfade Özgürlüğü.....	82
2.2.2.2. 1995 Değişikliği ve Cezaların Şahsiliği İlkesi.....	91
2.2.2.3. 1999-2004 Değişiklikleri ve Devlet Güvenlik Mahkemeleri.....	93
2.2.2.4. 2001 Değişikliği ve Hukuk Devleti'nin İvme Kazanması.....	101
2.2.2.5. 2001-2004 Değişiklikleri ve Ölüm Cezası.....	131
2.2.2.6. Anayasa Mahkemesi'nce İptal Edilen 2008 Değişikliği ve Eşitlik İlkesi.....	139
2.2.2.7. 2010 Değişiklikleri: İnsan Hakları, Yargı Bağımsızlığı ve Anayasa Mahkemesi..	145
S O N U Ç.....	194
KAYNAKÇA.....	209
ÖZGEÇMİŞ.....	213

KISALTMALAR LİSTESİ

AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AY	Anayasa
Bkz	Bakınız
DGM	Devlet Güvenlik Mahkemesi
E	Esas
HSYK	Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu
K	Karar
m	Madde
MBK	Milli Birlik Komitesi
MGK	Milli Güvenlik Konseyi
RTÜK	Radyo Televizyon Üst Kurulu
s	Sayfa
sk	Sayı Kanun
t	Tarih
TCK	Türk Ceza Kanunu
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TRT	Türkiye Radyo Televizyon Kurumu
Y	Yayınevi

ÖZET

Hukuk devleti anlayışı tarih boyunca insan hakları ekseninde kurulmuş ve gelişmiştir. Hukuk devleti, her işinde ve işlevinde adalet idesine bağlı, düzeni halkın katkısı ile kurulan ve işleyen, insanın onurlu ve sorumlu bir varlık ve insanlığından gelen temel hak ve özgürlükleri bulunduğu inanan ve bu hak ve özgürlükleri nereden gelirse gelsin her türlü saldırıya karşı koruyan, bütün işlemlerini yargı denetimi altında tutan, mahkemeleri bağımsız ve tarafsız olan, devlettir. Hukuk devleti siyasi iktidarın sınırlanmasına hizmet eden bir ilke olup keyfi gücün yarattığı tehlikeyi asgariye indirmek amacı taşımaktadır. Hukuk Devletinin, temelini insan hakları ve adalet oluşturur. Hukuk devletinin gelişimi, bireyin temel hak ve özgürlüklerinin gelişimi ile doğru orantılıdır.

Temel gerekleri bu şekilde belirlenen hukuk devleti ile ülkemizin tanışması ise Osmanlı Devleti dönemine kadar uzanmaktadır. Osmanlı Devleti'nde Sened-i İttifak ile başlayıp, Tanzimat ve Islahat Fermanları ve ardından da 1876 Kanun-i Esasisi ile devam eden bu sürecin Osmanlı Devleti dönemindeki son önemli evresi 1908 Kanun-i Esasi değişiklikleridir. Cumhuriyet döneminde ise 1921 Anayasası, 1924 Anayasası, 1961 Anayasası ve 1982 Anayasası gibi yürürlükte olan Anayasalar ve hukuk devletinin askıya alındığı darbe dönemleri, hukuk devletinin ülkemizdeki gelişim evreleridir. Hukuk devletinin askıya alındığı bir dönem olan 12 Eylül darbesinden sonra kabul edilen 1982 Anayasası ise hukuk devletini ilkesini takipçisi olduğu 1961 Anayasası'na göre daha düşük bir seviyede benimsemişti. Bu çalışmanın ana konusunu, ilk şekliyle düşük bir seviyenin belirlediği hukuk devleti ilkesinin, 1982 Anayasası'nda yapılan değişikliklerle hangi noktaya geldiğinin tartışılması oluşturmaktadır. Hukuk devletini ilk şeklinde oldukça düşük seviyede benimseyen 1982 Anayasası'nda çeşitli defalar yapılan değişikliklerin, siyasi bir ideal olan hukuk devletini ne şekilde etkilediği sorusuna bu çalışmada cevap aranacaktır.

SUMMARY

“THE AMENDMENTS CONCERNING RULE OF LAW IN THE CONSTITUTION OF 1982”

State of Law principle has been based on the grounds of human rights and developed. State of Law, respects to justice principle while performing its duties as well as accepting the people have fundamental rights and freedoms. State of Law principle protects those rights and freedoms against all threats. All transactions of State of Law are supervised by judicial bodies which are impartial and independent. State of Law principle enables the restriction of political power and prevents this power to be used in discretionary way. Human rights and justice constitute the grounds of State of Law principle. Improvement of State of Law principle is related to improvement of fundamental rights and freedoms.

The acquaintance of state law whose necessities are determined in this manner with our country traced to the period of Ottoman Empire. In the Ottoman Empire, it has started with the charter of alliance, then the political reforms as well as edicts of reform following by the Ottoman basic laws in 1876 and next the last important phase which was the changes performed in 1908 in Ottoman Basic laws 1876. Regarding the republic period, the constitutions being in force in 1921, 1924, 1961 and 1982 as well as the coup periods where the state of law has been suspended are the main development phases of the state of law in our country. The constitution of 1982 accepted after the coup of 12th September where the state of law has need suspended, has been less adopted than the constitution of 1961 as the successor of the principles of state of law. The main subject of thin work is the discussion of the present state of the state of law founded at the initial form by a low grade with the amendments made in the constitution of 1982. This work will try to find an answer to the following question how did the amendments repeatedly made in the constitution of 1982 which had first adopted the state of law in very low grade affect the state of law.

GİRİŞ

1982 Anayasası'nın 2'nci maddesinde devletin temel nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti hakkında değişik ideolojik, siyasi, hukuki görüşlere bağlı olarak ve her bir görüşe uygun farklı tanımlar yapmak mümkündür. Ancak hukuk devletinin kısa, genel ve herkes tarafından üzerinde anlaşılabilir bir tanımının şu şekilde yapılması mümkündür:

“Hukuk devleti, devletin hukukla bağlı olmasını, yönetimin prosedürel anlamda genel, eşit, soyut, geçmişe yürümeyen, önceden ilan edilen ve temel hakları koruyan yasalarla sağlanmasını ve bu yasaların uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların bağımsız ve tarafsız yargı organlarınca karara bağlanmasını öngören devlettir.”¹

Tanımı bu şekilde verilen hukuk devletinin iki temel esasa dayandığı söylenebilir: Bunlardan ilki bireyin medeni ve siyasi özgürlüklerinin korunması ve güvence altına alınması gereği, ikincisi ise Anayasa'ya göre konmuş hukuk kurallarının devlet gücünü bağlamaları ve devlet içi yaşamı düzenlemeleridir.²

Hukuk devletinin temelini oluşturan devlet yetkilerinin sınırlanması gereği, daha önce de birçok siyasi ve ideolojik görüş tarafından dile getirilmiştir. Ancak hukuk devleti düşüncesinin tüm bu görüşlerden farkı sınırlamanın kendi başına bir amaç olması değil; bireylerin temel hak ve özgürlüklerini korumada bir araç olarak, ilke ve kurumların somut bir kavram altında birleştirilerek formüle edilmiş olmasıdır. Bu amacı gerçekleştirmek için şekli ve maddi olmak üzere iki tür araç kullanılmıştır. Şekli araçlar arasında anayasallık veya üstün-norma (*ground norm*) uygunluk, kuvvetler ayrılığı, hukukun egemenliği ve bağımsız yargı gibi ilkeler vardır. Hukuk devletinin maddi araçları ise hukuk devleti için bir içeriği, özü gerekli kılar. Hukuk devletinin özünü oluşturan ve devlet erkini içeriksel olarak sınırlayan değerlerin merkezinde, özgürlük ve insan onuru –veya bu ikisi yerine insan hakları kavramı yer alır. Bu bakış açısından hukuk devleti, kısaca hukuk aracılığıyla özgürlüğü koruyan devlet demektir.³

Hukuk devleti düşüncesinin klasik formülasyonunun “*bir veya birkaç kişinin keyfiliği değil, yasalar egemen olmalı*” düşüncesi olduğu ifade edilmiştir.⁴ Nitekim, Türkçe literatürde

¹ Arslan, Zühtü, “Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, İstanbul Barosu Y., İstanbul 2003, s. 54.

² Ökçesiz, Hayrettin, “Hukuk Devleti”, *Hukuk Devleti Sosyolojisi Arkivi*, Afa Y., İstanbul 1998, s. 27.

³ Sancar, Mithat, “Devlet Akli” *Kıskacında Hukuk Devleti*, İletişim Y., İstanbul 2000, s. 35.

⁴ Sancar, s. 34.

benimsenen “*hukuk devleti*” terimi, Almanca “*Rechtsstaat*” veya Fransızca’da “*etat de droit*” terimlerini bire bir karşılarken, İngilizce literatürde kullanılan “*rule of law*” terimi, “*hukukun egemenliği*” anlamını taşımaktadır. Böylelikle hukuk devletinde iktidar veya onun unsuru olan cebir ya da şiddet, artık insan iradesinin bir yansıması olarak değil, bir norm etkisi olarak ortaya çıkmaktadır. Hukuk devletinde şiddet, insanın insan üzerindeki iktidarı olmaktan çıkar ve insan iradesi normun yürürlüğüne altında kaybolup gider. İktidar bundan sonra düzenlenmiş ve öngörülebilir hale gelmiş, böylece şiddetin en önemli ve en dehşetli vasfından; yani öngörülemez keyfilikten arındırılmıştır. Bu nedenle hukuk devleti sadece iktidarın sınırlandırılıp en aza indirildiği değil, normlarda çözümlenmiş gerçek anlamda varlığını yitirdiği bir düzen olarak düşünülebilir.⁵

Hukuk devleti kavramsal olarak ilk kez 18. Yüzyıl’ın sonu ile 19. Yüzyıl’ın başında, bir geçiş döneminde, ilk Alman Liberalizminin temsilcileri J. W. Placidius (1879), Adam Müller (1809), C. Th. Welcker (1812), J. Ch. Frhr von Aretin (1824) ve R. von Mohl’da (1828) görülür. Hukuk devleti dilsel bakımdan, bu biçimiyle ilk olarak Almanca’da (*Rechtsstaat olarak*) kullanılmıştır.⁶ Ancak bu kavram Fransa’da geliştirilmiş ve Fransa bu konuda Almanya ve diğer kıta Avrupası ülkelerine örnek olmuştur.⁷ Fransız dilinde hukuk devleti deyimini tam olarak karşılayan “*etat de droit*” ibaresi ise 1990’lı yıllarda yerleşik bir kavram haline gelmiştir.⁸ Devletin ve siyasi iktidarın hukuk ilkelerinden ayrılmadığı, devlet gücünün hukuk ilkeleriyle sınırlı olduğu görüşünü ifade etmek üzere İngiliz ve Amerikan hukuk çevrelerinde ise “*rule of law*” deyimini kullanılmaktadır. Bu terim ile hukukun hakim olduğu, kendisini hukuk ilkeleri ile bağlı sayan devlet ifade edilmek istenmektedir. İngiliz-Amerikan hukukunda, dilsel anlamda hukuk devletinin tam karşılığı olan “*state of law*” deyimini ise kullanılmamaktadır.⁹

Kavramsal olarak 19. Yüzyıl’ın başlarında kullanılmaya başlanan hukuk devleti ilke, kural ve kurumları ile tarihsel bir gelişim süreci içerisinde şekillenmiştir. Bu süreçte hukuk devletine gelinmeden önce “*mülk devleti*” ve “*polis devleti*” gibi hukuk devleti öncesi aşamalardan geçilmiştir. Bu aşamalardan birisi olan mülk devleti, feodal devlet anlayışının egemen olduğu dönemlerde hakim olan, siyasal iktidara sahip olmanın toprak mülkiyetinden

⁵ Sancar, s. 45.

⁶ Ökçesiz, 1998, s. 17.

⁷ Günay, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Y., Ankara 2002, s. 38.

⁸ Sancar, s. 33.

⁹ Karayalçın, Yaşar, “Hukukun Üstünlüğü”, *Hukuk Felsefesi Sosyolojisi Arkivi*, Afa Y., İstanbul 1998, s. 126-127. Amerikan hukuk sisteminde hukuk devleti yerine ayrıca “*Government under law*” ve “*supremacy of law*” deyimleri de kullanılmaktadır (Bkz. Esen, Bülent Nuri, *Anayasa Hukuku - Genel Esaslar*, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1970, s. 307).

kaynaklandığı bir yönetim biçimiydi. Kamu gücü genel olarak en büyük derebeyi olan hükümdar, kilise ve diğer feodal beyler arasında bölüşülmüştü. Mülk devletinde kralın ve feodal beylerin, toprak mülkiyetinden kaynaklanan ve şahsi malı sayılan kamu gücü anlayışı egemendi. Mülkiyete bağlı haklardan sayılan bu kamu gücünün sözleşme ile devredilmesi de mümkündü. Yargı alanında ise hükümdar ve feodal beylerin ayrı mahkemeleri ve yargı yetkileri vardı. Mülk devletlerinde kamu gücünü kullanan hükümdar ve feodal beylerin egemenlik yetkilerini sınırlayacak, devlet gücünü hukukla bağlayacak herhangi bir güç bulunmuyordu.¹⁰

Tarihsel süreç içerisinde mülk devletinden sonra gelen aşama ise mülk devletinde olduğunun aksine, merkezi otoritenin mutlak egemenliğine dayalı polis devleti aşaması olmuştur. Polis devleti, siyasal iktidarı kullanan kişilerin ya da hükümdarın her dediğini yaptığı, kendilerini hukukla bağlı saymadığı, yöneticilerin konulan kurallara uymadıklarında sorumlu sayılmadıkları ve gerektiğinde uymayabildikleri bir düzeni ifade eder.¹¹ Polis devletinde kamunun refahı, düzeni ve selameti için devlet her türlü önlemi alabilecek, kişilerin hak ve özgürlüklerine sınırsız bir biçimde müdahale edebilecek ve bütün bunları yaparken iradesi hiçbir şekilde yargı denetimine tabi olmayacaktır. Polis devletindeki “*polis faaliyetleri*” ise bugünkü anlamda sadece zabıta karşılığında değil, kamunun refah ve düzeni ile selametini sağlamaya yönelik bütün idari faaliyetler anlamında kullanılmıştır. Devletin bu faaliyetleri yerine getirmek için sahip bulunduğu sınırsız ve denetimsiz güç ise “*polis kudreti*” olarak nitelendiriliyordu.¹²

Yönetilenlere hiçbir güvence sağlamayan polis devletinde daha sonra, özellikle yargı içtihatlarıyla bazı hukuki güvenceler sağlanması yoluna gidilmiştir. Yine Almanya’da ortaya çıkan ve geliştirilen “*hazine teorisine*” göre, idarenin faaliyetleri sonucunda hakları ihlal edilen kişiler yargısal yoldan mali karşılık elde edebiliyordu. Buna göre devlet hazinesi hükümdarın dışında ve tamamen özel hukuk hükümlerine tabi bir tüzel kişiliğe sahipti. Böylece kamu kudretini temsil eden, kullanan ve yaptığı işlerden dolayı hukuka ve hiçbir denetime tabi olmayan devletle; özel hukuk hükümlerine tabi olan ve aleyhine yargı yoluna başvurulabilen hazine kurumsal olarak birbirinden ayrılıyordu. Aslında devleti, hükümdar ve hazine olarak ikiye bölen ve devletin mali ilişkilerini tümüyle özel hukuk hükümlerine tabi kılarak yanlış bir temelden hareket eden bu teori, dolaylı da olsa yönetilenlere yargı yoluyla

¹⁰ Derdiman, Cengiz, *İdare Hukuku*, Alfa Akademi Y., Bursa 2007, s. 36.

¹¹ Derdiman, s. 36.

¹² Günday, s. 36.

bazı hukuki güvenceler sağlamıştır.¹³ Polis devleti içerisinde gelişen ve ortaya çıkan hazine teorisi, polis devletinden hukuk devletine geçişte önemli bir ara aşama oluşturmuştur.

Anayasacılık hareketleri de hukuk devletinin tarihi süreç içerisinde gelişiminde önemli işlevler görmüş, bu hareketler ilke ve unsurlarıyla hukuk devleti düşüncesinin kurumsallaşmasında itici güç olmuştur. Anayasacılık hareketlerinin en önemli özelliği keyfi yönetimin yerine hukukla bağlı bir devlet iktidarını hedeflemesidir. Devlet yönetimini bir anayasa ile bağlamak hedefindeki anayasacılık hareketlerin amaçları, hukuk devletinin de gerekleri olan devletin temel işlevlerinin farklı organlar tarafından üstlenilmesi, temel hak ve hürriyetlerin tanınması ve güvence altına alınması, yönetenlerin yetkilerinin kapsam ve sınırlarının hukuk kurallarıyla belirlenmesi ve yargılama yetkisinin bağımsız ve tarafsız mahkemelerce yerine getirilmesi gibi mekanizmaların sağlanmasıdır.¹⁴ Yalnızca teorik olarak değil uygulamada da modern demokratik yönetimlerin çıkış noktası anayasacılık hareketleri ile iktidarı sınırlamak düşüncesinden kaynaklanmıştır. Bu duruma İngiltere’de kral ve parlamento arasındaki mücadelenin sonucu olarak meydana gelen belgeler örnek verilebilir.¹⁵ Anayasacılık hareketlerinin hukuk devletinin gelişiminde bu şekilde itici güç olması ülkemizde yaşanan gelişmelere de uygundur.

Hukuk devleti bireyler için önemli kazanımlar da sağlamıştır. Bunlardan ilki ve en önemlisi temel hak ve özgürlüklerin koruma altına alınmasıdır. Hukuk devleti, iktidarın mutlak yetkisini sınırlayarak bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunabileceği düşüncesinden hareket etmektedir. Bu amacı gerçekleştirmek için ilk olarak temel hak ve özgürlükler devletin garantisi altına alınmış, insanların dokunulamaz temel hakları olduğu kabul edilmiştir.¹⁶ Hukuk devleti için diğer bir önemli özellik devlet faaliyetlerinin hukuk çerçevesinde yürütülmesi, devlet iktidarının sınırlanarak devletin keyfi işlemlerine son verilmesidir. Devletin hukukla bağlanmasıyla hukuki güvenliğe kavuşmuş bireyler önceden ne tür işlemlerle karşılaşabileceğini öngörecekle ve geleceğe dönük planlarını güven içinde uygulayabileceklerdir. Ayrıca hukuki güvenlik düşüncesi hukukta nispi bir istikrarı gerektirir. Hukuki istikrar ise bütün toplumsal faaliyetler ve özellikle de iktisadi faaliyetlerin yönlendirilebilmesinin zorunlu bir gereğidir.¹⁷ Hukuk devletinin temel hak ve özgürlüklerin korunması, hukuki güvenlik, öngörülebilirlik ve hukuki istikrar gibi ilkeleri, bireylerin toplumsal yaşamda sahip olabilecekleri özgürlüklerinin de ön koşulunu oluşturmaktadır.

¹³ Günday, s. 37.

¹⁴ Tunç, Hasan; Bilir, Faruk; Yavuz, Bülent, *Türk Anayasa Hukuku*, Asil Y., Ankara 2009, s. 9.

¹⁵ Tunç; Bilir; Yavuz, s. 9.

¹⁶ Erdoğan, Mustafa, *Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset*, Liberte Y., Ankara 2001, s. 162.

¹⁷ Erdoğan, 2001, s. 160.

Yine devlet yönetiminin hukukla bağılı olması devletin tarafsızlığını ve bu arada hiçbir ayırım yapmaksızın vatandaşlara eşit davranılmasını gerektirir. Bu açıdan hukuk devleti düşüncesi, etnisitesi, dini veya mezhebi, cinsiyeti, ideolojik ve felsefi görüşü ne olursa olsun bireyler arasında hukuki eşitliği sağlamanın da ön koşuludur. Ayrıca devletin sadece hukuk uyarınca hareket etmesi ve hukuka uygun olmayan herhangi bir girişimde bulunamayacak olması, onu gizli saklı işlerden uzak durmaya ve böylece devlet yönetiminin şeffaflaşmasına da katkı sağlar.¹⁸ Bütün bu düşünceler ışığında insanların diğer bütün ihtiyaçlarını kapsayan ve üç temel gereksinimi olarak nitelendirilen özgürlük, güvenlik ve eşitliği sağlamada hukuk devleti, önemli bir araç haline gelmektedir¹⁹. Benzer biçimde hukuk devletinin meşruluk, adalet, insan hakları gibi talepleri karşılamanın yolu olduğu ileri sürülmüştür.²⁰

Bu çalışmada, yukarıda genel hatlarıyla ve kısa bir şekilde tanımı ve anlamı, unsurları, tarihi ve ideolojik gelişimi, bireyler için ifade ettiği değeri verilen hukuk devleti kavramının ülkemizdeki gelişim süreci açıklanacaktır. Dolayısıyla çalışmanın başlangıcında ülkemizde hukuk devleti ile ilgili ilk gelişmelerin yaşandığı Cumhuriyet öncesi döneme değinildikten sonra, Türkiye Cumhuriyeti tarihindeki hukuk devletinin gelişim aşamaları, özellikle anayasal gelişmeler ışığında aktarılacak ve değerlendirilecektir.

Ülkemizde hukuk devleti arayışları Osmanlı Devleti döneminde, mutlak iktidarı sınırlamak ve bireylere kapsamı dar olmakla beraber çeşitli hak ve özgürlükler tanınması amacını güden anayasal hareket ve belgelerle başlamıştır. Asırlar boyu tek kişinin mutlak hükümranlığı ile yönetilen Osmanlı devlet ve toplumunda bu tür anayasal belgelerin asıl önemini, iktidarın yetkilerinin hukuk devletinin gereği olarak tamamen ya da büyük oranda sınırlaması ya da bireylerin doğuştan sahip olduğu hakların bütünüyle tanınmasında değil; padişahın mutlak yetkilerinin sınırlanabileceği ve bireylerin devlet karşısında temel hak ve özgürlükleri olabileceği düşüncesinin yerleşmesine öncülük etmiş olmalarında aramak gerekir. Yani bu tür anayasal belgelerin asıl önemi hukuki alandan önce, insanların zihninde yarattığı hukuk devletinin gelişimi ve atılımıdır. Türk tarihinde bu şekilde hukuk devletinin gelişim çizgisinde önemli bir yere sahip olan ilk anayasal belge, sözleşme niteliğinde olan 1808 tarihli Sened-i İttifak'tır. Sened-i İttifak devlet iktidarını sınırlanması ve bireylerin devlet karşısındaki haklarının korunması konusunda çok ileri düzenlemeler getirmemiş olsa da, ilerde olabilecek bu tür gelişmelere öncülük etmiştir. Nitekim Sened-i İttifak'tan sonra devlet iktidarını sınırlamaya, bireylere temel hak ve özgürlükler sağlamaya yönelik anayasal nitelikte belgeler

¹⁸ Erdoğan, 2001, s. 161.

¹⁹ Ökçesiz, 1998, s. 33.

²⁰ Erdoğan, 2001, s. 159.

ortaya çıkmaya devam etmiştir. Bu belgelerden birisi Padişahın tek yanlı iradesi ile ilan edilen 1839 tarihli Tanzimat Fermanı olmuştur. Bu Ferman getirmiş olduğu yeniliklerle, hukuk devletinin gelişiminde önemli bir aşama oluşturmuştur. Tanzimat Fermanı'nı, 1856'da, kendisinden nitelik ve içerik olarak çok fazla farkı olmayan Islahat Fermanı izlemiştir. Osmanlı Devleti döneminde 19. Yüzyıl'ın başlarında başlayan bu anayasacılık hareketleri nihayet 1876 tarihinde bir Anayasa (Kanun-i Esasi) biçiminde somutlaşmış, ülkemizde ilk defa anayasal bir yönetime geçilmiştir. Meşruti yönetim ve hukuk devleti açısından taşıdığı eksikliklere rağmen bu Anayasa'nın ülkemizdeki hukuk devletinin gelişimine katkısı kendisinden önceki anayasal belgelere oranla çok daha fazladır. Ancak yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra askıya alınan bu Anayasa, 30 yıllık bir aradan sonra tekrar yürürlüğe konmuş ve 1909 yılında Anayasa'da devrim niteliğinde değişiklikler yapılarak, meşruti bir yönetim ve hukuk devleti açısından önemli ilerlemeler kaydedilmiştir. Osmanlı Devleti döneminde yaşanan bu gibi anayasal ve hukuk devleti ile ilgili gelişmeler, Cumhuriyet dönemine intikal etmiş ve bu dönemde de devam etmiştir.

Cumhuriyet döneminde ise hukuk devletinin gelişimini 1921 Anayasası ile başlatmak gerekir. Kurtuluş savaşı gibi olağanüstü bir dönemin şartları içinde hazırlanan bu Anayasa'nın hukuk devleti açısından eksikleri olması anlaşılabilir bir durumdur. Yine bu Anayasa'yı takip eden 1924 Anayasası hukuk devletini, eksileri olan 1921 Anayasası'na göre daha ileri taşımıştır. Ancak özellikle özgürlükler ve yargı konusunda 1924 Anayasası'nın hukuk devleti açısından eksikleri olduğu söylenebilir. 1924 Anayasası sonrasında kabul edilen 1961 Anayasası ise, hukuk devletini Osmanlı-Türk Anayasaları içinde en ileri taşıyanı şeklinde değerlendirilebilir. Temel hak ve özgürlüklerin güvence altında olması, kurumsal anlamda bağımsız ve tarafsız bir yargı organı öngörmesi ve yürütme ve idareyi tam bir hukuki denetimle sınırlaması bu Anayasa'nın hukuk devletini ileri taşımasına neden olmuştur. 1982 Anayasası ise, özellikle 1995 ile 2001 değişiklikleri öncesinde temel hak ve özgürlükler, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı, yürütme ve idarenin hukukla bağlılığı ve yönetenlerin hesap vermesiyle ilgili hükümleri ile hukuk devletini, takipçisi olduğu 1961 Anayasası'ndan daha geri bir noktaya götürmüştür.

Ayrıca; Cumhuriyet döneminde anti-demokratik yöntemlerle hukuk devletinin askıya alındığı 27 Mayıs 1960 askeri darbesi, 12 Mart 1971 askeri muhtırası ve yine 12 Eylül 1980 askeri darbesine değinmek hukuk devletinin gelişim çizgisinin Türk tarihindeki sapmalarını göstermek bakımından, bu çalışma için elzem olmuştur. Bu dönemlerde hukuk devletinin bütün gereklerinin ihlal edilebildiği, hukuk devletinin kurumsal olarak askıya alındığı ve Türk anayasal gelişmelerini olumsuz etkilediği süreçler yaşanmıştır. Hak ve özgürlüklere aşırı ve

hukuksuz müdahalelerin olduğu, devlet yönetiminin sınırsız ve keyfi biçimde kullanıldığı, bireylerin yargısal ve diğer bütün güvencelerinin yok sayıldığı bu dönemler, ülkemizde hukuk devletinin gelişimini geriye döndüren ve hukuk devleti açısından ayrı başlık altında incelenmesi gereken dönemler olarak göze çarpmaktadır.

Hukuk devletinin ülkemizdeki gelişimi açısından diğer bir tartışılması gereken konu ise, 1982 Anayasası döneminde, 1961 Anayasası'na göre çok daha düşük seviyede kabul edilen hukuk devletinin, bu Anayasa'da yapılan değişiklikler sonucu hangi noktaya geldiğidir. Bu çalışmanın ana konusu da 1982 Anayasası'nın ilk şekliyle düşük bir seviyede kabul edilen hukuk devletinin, 1982 Anayasası döneminde çeşitli defalar yapılan değişiklikler sonucu akıbetinin ne olduğudur. Böylece 1987 yılında başlayan ve 2010 yılına kadar uzanan süreçte 1982 Anayasası'nda yapılan değişikliklerin, devletin temel niteliği olan hukuk devletini nasıl etkilediği, hukuk devletinin bu değişikliklerle ileri mi gittiği yoksa hukuk devletinden bir geri dönüş mü yaşandığı tartışılacaktır. Bu nedenle, Türk tarihinde hukuk devletinin gelişiminin anlaşılması açısından Osmanlı Devleti döneminden 1982 Anayasası dönemine kadar olan kısımlar (Sened-i İttifak, Tanzimat ve Islahat Fermanları, 1876 Anayasası ve bu Anayasa'da 1909 yılında yapılan değişiklikler, 1921 Anayasası, 1924 Anayasası, 1961 Anayasası ve demokratik yönetimin askıya alındığı dönemler) ilk bölümde incelendikten sonra, çalışmanın ikinci bölümü, 12 Eylül 1980 askeri müdahale dönemini de içerir şekilde tamamen 1982 Anayasası döneminde hukuk devletinin gelişim çizgisinin incelenmesini ve değerlendirilmesini kapsayacaktır.

Bu çalışmanın ana materyalini oluşturan 1982 Anayasası'nda 1987, 1993, 1995, 1999, 2001, 2002, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008 ve 2010 yıllarında yapılan değişikliklerden hukuk devletiyle doğrudan ilgili olmayanlar hakkında, hukuk devleti ilkesiyle ilgili olmadığı belirtilerek haklarında çok fazla açıklama yapılmayacaktır. Buna karşılık, hukuk devleti ilkesiyle ilgili olan Anayasa değişikliklerinin hukuk devleti açısından taşıdığı değeri; bu değişikliğin hukuk devletini ileri ya da geri götürdüğü veya eskisine oranla önemli bir değişiklik meydana getirmediği noktalarından tartışılacaktır. Ayrıca çalışmada özellikle, bir önceki Anayasa hükmüyle, değişiklik sonucu oluşan hükmün hukuk devleti açısından taşıdığı değeri (tez-antitez) karşılaştırıldıktan sonra hukuk devleti için gereken ideal durum (sentez) bu çalışmanın kapsamı ve sınırları nispetinde kategorik (mutlak) değil, ancak hipotetik (alternatif) önermeler olarak sunulacaktır. Bu noktada örneğin hukuk devleti açısından daha az sorunlu bir hüküm eksikliklerine rağmen, hukuk devletini önceki düzenlemeye göre daha ileri bir seviyeye taşıyorsa, olumlu olarak nitelendirilebilecektir.

Birinci Bölüm

TÜRK ANAYASAL TARİHİNDE HUKUK DEVLETİNİN GELİŞİMİ

Türkiye’de hukuk devletinin gelişimi anayasal nitelikteki belgelerin ortaya çıkmasıyla başlamıştır. Sened-i İttifak (1808), Tanzimat Fermanı (1839), Islahat Fermanı (1856) gibi anayasal belgeler hukuk devletinin gelişimine Osmanlı Devleti döneminde yön vermiştir. 1876 Kanun-i Esasisi ve bu Anayasa’da 1909 yılında yapılan değişiklikler de hukuk devletinin gelişimi açısından önem taşımaktadır. Türkiye Cumhuriyeti döneminde ise 1921 Anayasası, 1924 Anayasası, 1961 Anayasası ve 1982 Anayasası ile bu Anayasa’da yapılan değişiklikler hukuk devletinin ülkemizdeki gelişimini etkileyen süreçlerdir. Ayrıca demokratik yönetimin askıya alındığı 1960 ve 1980 askeri müdahaleleri ile 12 Mart muhtırası sonucu oluşan yönetimler de hukuk devletinin gelişimi açısından ayrı alt başlıklar altında ele alınması gereken dönemlerdir. Bu bölüm, ülkemizin hukuk devleti gelişim sürecinin, Sened-i İttifak ile başlayan ve 12 Eylül 1980 askeri müdahalesine kadar uzanan tarihsel dönem aktarımıyla 1982 Anayasası’nın hukuk devleti açısından analizini de içeren ikinci bölüme referans-veri oluşturma işlevine hizmet edecek kronolojik bir perspektif içermektedir.

1.1. Osmanlı Devleti Döneminde Hukuk Devleti

Hukuk devletinin ülkemizde gelişimi Cumhuriyet öncesi döneme, Osmanlı Devleti dönemine kadar uzanmaktadır. Monarşik Osmanlı Devleti’nde mutlak yetkilere sahip Padişah, yönetimde tek söz sahibi organ ve kişi durumundaydı. Devlet iktidarının hukukla sınırlanması, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması gibi düşünceler Osmanlı devlet yönetiminde, önceleri karşılık bulmayan kavramlardı. Hukuk devletini geliştirmeye yönelik girişimler, ancak 19. Yüzyıl ile birlikte görülmeye başlamıştır. Anayasal nitelikteki belgelerle başlayan bu süreç, bir süre sonra yerini gerçek anlamda bir Anayasa’ya bırakmıştır. Ancak Osmanlı Devleti dönemi, hukuk devleti açısından ileri-geri gelgitlerin yaşandığı sancılı bir dönem olmuştur. Bu dönemde hukuk devleti açısından ilerlemeler yaşansa da, kurumsallaşmanın olmaması ve hukuk devletinin ilke ve kurallarıyla tam anlamıyla

yerleşmemesi, dönemin temel özeliği olarak görülebilir. Aşağıda, hukuk devletinin ülkemizdeki gelişim sürecinin Osmanlı Devleti bölümündeki seyri, Sened-i İttifak'tan başlanarak, 23 Nisan 1920'de Büyük Millet Meclisi açılıncaya kadar genel hatlarıyla incelenecektir.

1.1.1. Türk Tarihinde İlk Anayasal Belgeler

1.1.1.1. Sened-i İttifak

19. Yüzyıl'ın başlarında Osmanlı İmparatorluğu'nun taşrası feodal güç odakları olan ayanlar ve hanedanlar arasında fiilen paylaşılmış durumdaydı. Merkezi birlik ve otoriteyi sağlamaya çalışan ve gerçekleştirmek istediği yenilik hareketlerine devam etmek isteyen merkezi otorite ise, merkez ile taşra güçleri arasında bir uzlaşmanın yolunu aramaya çalıştı.²¹ Bu uzlaşmayı sağlamak amacıyla 29 Eylül 1808'de Kağıthane Köşkü'nde merkezi iktidar ile feodal güçlerin temsilcilerinin katıldığı bir toplantı yapıldı. Bu toplantı sonucunda tarafların üzerinde anlaştığı konular, 7 Ekim 1808 tarihinde Sened-i İttifak adlı bir protokolle saptandı, imzalanıp mühürlendi.²²

Sened-i İttifak merkezi otorite ile ayanlar arasında karşılıklı olarak akdedilen, hukuki açıdan misak (sözleşme) niteliğinde bir belgedir. Bu niteliği nedeniyle gerek merkezi iktidarın, gerekse ayanların bu belgeyle sağladıkları yararlar söz konusudur. Merkezi iktidar sarsılan otoritesini tekrar sağlamış, özellikle Padişah ve Sadrazamın sarsılan otoritesi ayanlar tarafından kabul edilmiştir. Ayanlar ise sahip olduğu hak ve ayrıcalıkları merkeze kabul ettiriyor ve merkezin keyfi uygulamalarına karşı güvenceler kazanıyordu.²³

Merkez ve taşra güçleri arasında akdedilen Sened-i İttifak'ın Osmanlı Devleti'nde Padişahın mutlak iradesini sınırlama gayesini güden bir belge olması yönüyle, modern Türk Devletinin gelişme tarihindeki ilk "*amme hukuku kaidesi*" ve dolayısıyla ilk anayasal belge olduğu ileri sürülmüştür. Bu belge bir anayasa değildir; ancak merkezi otoritenin mutlak egemenliğine getirdiği sınırlamalar nedeniyle, anayasal devlet düzenine yönelik gelişmelerin başlangıcı anlamında anayasal belge niteliği taşımaktadır. Sened-i İttifak düşünce boyutunda

²¹ Tanör, Bülent, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, Yapı Kredi Y., İstanbul 1999, s. 42.

²² Tanör, s. 43.

²³ Atar, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, Mimoza Y., Konya 2000, s. 15.

dahi olsa, mutlak otoritenin sınırlanabileceğini gözler önüne sermiş ve bu nedenle hukuk devleti yönünde önemli bir gelişme olarak kabul edilmiştir.²⁴ Padişahın ve yöneticilerin keyfi davranışlarını önlemeye yönelik ilk yazılı belge olması nedeniyle, İngilizlerin 1215 tarihli “*Magna Carta*”sına benzetilmiştir.²⁵

Sened-i İttifak’ın hukuk devleti düşüncesi açısından taşıdığı değer, ayanlara tanınan hak ve güvenceler noktasında ortaya çıkmaktadır. Sened-i İttifak’ta ayanlara tanınan yetkilerle merkezi otoritenin mutlak yetkilerine bir sınırlama getirilmiş oluyordu. Böylece merkezi iktidar bu belgede düzenlenen konularla sınırlı olmak üzere keyfi davranışlarda bulunamayacak ve merkezi iktidarın davranışlarının hukuken geçerli olması Sened-i İttifak’a uygun olmasına bağlı olacaktı. Merkezi otoritenin belgedeki taahhütlerini ihlal etmesi durumunda ise, ayanlara yaptırım olarak “*direnme hakkı*” verilmiş, ayanların birbirine destek olarak, merkezi yönetimi bir tür denetim altına sokması öngörülmüştü.²⁶ Sadrazam ve yüksek dereceli memurların Sened-i İttifak’a aykırı davranışları halinde, ayanların bu kişilerden davacı olabilmeleri de²⁷ merkezi otoritenin keyfi davranışlarına karşı ayrı bir hukuki yaptırım niteliği taşıyordu.

Sened-i İttifak’ın hukuk devleti açısından önem arz eden diğer bir özelliği, bu sözleşmenin dışındaki kişilerle ilgili olan, yani toplumun bütününe ilgilendiren bazı kazanımlardır. Bunları kullar, yoksullar ve reaya ile ilgili getirilen hak ve güvenceler oluşturmaktadır. Bütün Osmanlı tebaasının korunması, vergilerin haksız ve ezici olmaması, suç işlenmesi durumunda soruşturma yapılmadan ceza verilmemesi, keyfi eylemlerin yasaklanması gibi herkes için geçerli olan bazı güvenceler getirilmiştir.²⁸ Bireyler için getirilen bu hak ve güvenceler Osmanlı Devleti’nde ilk kez Sened-i İttifak ile gündeme gelmekte ve hukuk devleti için bir başlangıç noktasını teşkil etmektedir.

Türk Anayasa Hukuku’nda önemli bir yeri olan Sened-i İttifak’ın yaptırımı ise ahlaki ve dinidir. Taraflar belgeye bağlılıklarını Allah ve Peygamber’e yemin ile garanti altına almışlardır.²⁹ Ancak bunun dışında, bu belgede tarafları bağlayan yemin dışında fiili ya da

²⁴ Tunç; Bilir; Yavuz, s. 12-13.

²⁵ Soysal, Mümtaz, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Gerçek Y., İstanbul 1997, s. 19. Ancak Sened-i İttifak taşra güçlerinin bir zorlama ya da dayatmasının ürünü değildir. Buna karşılık benzetme konusu yapılan Magna Carta’da ise dıştan dayatma ve iki taraflılık çok açıktır. Ayrıca Sened-i İttifak’ta imzacı taşracı unsurlar az ve isteksiz, hükümdar ise sonradan ve istemeyerek devreye girmiştir. Ağırlık ve üstünlük merkez adına davranan ve ayanların da desteğinden yararlanan yöneticilerdedir. Bu nedenlerle merkez ve çevre zıtlaşması Sened-i İttifak’ın hazırlanışında ve hukuki niteliğinde Magna Carta’da olduğu ölçüde belirli değildir. Bkz. Tanör, s. 55.

²⁶ Yılmaz, Faruk, *Türk Anayasa Tarihi*, Berikan Y., Ankara 2007, s. 29.

²⁷ Gören, Zafer, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Dokuz Eylül Üniversitesi Y., İzmir 1999, s. 14.

²⁸ Atar, 2000, s. 16.

²⁹ Tunç; Bilir; Yavuz, 2009, s. 13.

pratik güvence ve yaptırımlar da vardır. Örneğin padişaha itaatsizliğin ya da ayanların haklarına yönelik haksız saldırıların ayanlarca elbirliğiyle önlenmesi bunlara örnektir.³⁰

Sened-i İttifak pratikte ise hiçbir zaman uygulanma olanağı bulmamıştır. Padişah iktidarını sınırlayan bu belgeden ilk olarak kendisi rahatsız olmuş, belgenin sorumlusu Alemdar Mustafa Paşa'nın yeniçeriler tarafından bir baskınla öldürülmesine adeta göz yummuştur.³¹ Ayanlar da bağımsızlıklarının sınırlanacağını düşündükleri gerekçesiyle Sened-i İttifak'a destek vermemişlerdir.³² Böylece Sened-i İttifak daha doğarken uygulanma yeteneğine sahip olmayan bir belge niteliği kazanmıştır. Kaldı ki halk adına güvence oluşturabilecek bazı hükümler içermesine rağmen Sened-i İttifak, ferman (kanun) niteliğinde olmadığı ve sözleşmenin tarafı halk olmadığı için halkın bu güvencelerden yararlanabilmesi pek mümkün görünmemekteydi. Bu nedenle Padişah iktidarının sınırlanabileceğini öğreterek anayasal tarihi başlatan Sened-i İttifak hukuk devleti açısından küçük bir umut ışığı olmaktan öteye gidememiştir.

1.1.1.2. Tanzimat ve Islahat Fermanları

1839 yılında II. Mahmut'un yerine geçen ve çağdaş bir eğitim gören Padişah Abdülmecit, yenileşme akımlarını sürdürmeye kararlıydı. Dışişleri Bakanı Mustafa Reşit Paşa'nın ön ayak olmasıyla bu yolda attığı en önemli adım, tarihimizde Tanzimat dönemini açan 3 Kasım 1839 tarihli Tanzimat Fermanı'nın ilanı oldu. Gülhane'de devlet ileri gelenlerinin önünde okunan bu belge Osmanlı tarihinde anayasal bir belge niteliğinde olması yönünden önem taşıyordu.³³

Tanzimat Fermanı Sened-i İttifak'tan farklı olarak, taraflar arasında karşılıklı olarak imzalanan iki yanlı bir sözleşme değil; Padişahın tek yanlı iradesiyle kendi yetkilerini sınırladığı ve tebaasına haklar bahsettiği bir işlem, yani "*fermandır.*" Bu fermanla kişinin temel hak ve hürriyetleri açısından eksik de olsa derli toplu bir liste bulunmakta ve bundan ötürü bu belge Türklerin ilk "*temel haklar beyannamesi*" veya "*haklar fermanı*" olarak nitelendirilmektedir.³⁴ Ayrıca bu belgenin meşrutiyetin veya anayasal monarşinin önünü de

³⁰ Tanör, s. 48.

³¹ Yılmaz, s. 19.

³² Tanör, s. 43.

³³ Eroğul, Cem, *Anatüze Giriş*, İmaj Y., Ankara 2007, s. 215.

³⁴ Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Erkin Kitabevi, Bursa 2000, s. 14.

açtığı ifade edilmektedir³⁵. Ancak Türk tarihindeki ilk haklar beyannamesi olarak kabul edilen bu belgedeki haklar toplumsal, siyasal ve felsefi bir görüşten kaynaklanan veya insanların doğuştan sahip olduğu doğal haklar niteliğinde olmayıp; padişah tarafından verilen, bu yüzden de her zaman için geri alınabilecek bir lütuf ve bağış olarak görülmelidir.³⁶ Bu nedenle Tanzimat Fermanı'nda sayılan hak ve güvencelerin bireylere tam bir koruma sağladığından bahsetme olanağı yoktur.

Tanzimat Fermanı ile tanınan hak ve güvencelerin başında, kişi dokunulmazlığı ve güvenliği gelir. Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi, adil ve açık usullerle yargılanma, şeref, haysiyet ve ırzın korunması gibi evrensel hukuk ilkeleriyle, padişahın örfi cezalar verme yetkisinden vazgeçerek bunları mahkemelere devretmesi gibi güvenceler³⁷, bu fermana yer alan diğer hak ve güvencelerdendi. Ayrıca herkesin mal ve mülkü üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği belirtilerek mülkiyet hakkı tanınmış, bir kimsenin suç işlemesi halinde malına zorla el koyma usulü (müsadere cezası) kaldırılmış ve din ayrımı gözetilmeksizin devletin bütün uyruklarının, Tanzimat Fermanı'nın getirdiği haklardan eşit olarak yararlanma imkanı getirilmişti.³⁸ Bu kazanımlardan müsadere cezası için yasak getiren hüküm, özellikle bürokratik mevkilerde bulunan ve geleneksel olarak padişahın kulları sayılan yöneticiler için bir güvence niteliği taşıyordu.³⁹

Tanzimat Fermanı'nda kişi hak ve özgürlükleri ile ilgili bazı eksiklikler de bulunmaktadır. Bunlar düşünce, basın, dernek, toplanma, çalışma, sözleşme, ticaret, sanayi özgürlükleri gibi alanlardadır. Bu tür özgürlüklerin eksikliği, Padişah ve Mustafa Reşit Paşa gibi dönemin ileri gelenlerin düşünce boyutlarının sınırlılığıyla ilgili olmayıp, o dönem toplumunun nesnel, maddi, sosyal ve ekonomik özellikleriyle bağlantılıdır. O dönem için Osmanlı Devleti'nde liberal düşüncenin ve burjuva sınıfının gelişmemiş olması gibi toplumsal koşullar bu durumun asıl nedenidir.⁴⁰

Tanzimat Fermanı devlet yönetimine yeni ilkeler, yöntemler ve kurallar getirmiştir. Bu yeniliklerle ilgili ana düşünce ise, iktidarın kendi kendini sınırlaması düşüncesidir. Bu düşünce ise “*yasa üstünlüğü*” ya da “*yasaya saygı*” ilkesi ile hayata geçirilecektir. Buna göre yasalar, kendilerini yapanları ve uygulayanları da bağlayacak, keyfi işlemlere ise yer verilmeyecektir. Herkesin yasa önünde eşitliği sağlanacak ve bu kurallara uymayan görevliler

³⁵ Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Orion Y., Ankara 2007, s. 135.

³⁶ Gören, 1999, s. 17.

³⁷ Tanör, s. 89.

³⁸ Atar, 2000, s. 17.

³⁹ Erdoğan, 2007, s. 135.

⁴⁰ Tanör, s. 89.

ise yine, yasalar çerçevesinde cezalandırılacaktır.⁴¹ Bu tür yasal yönetim ve devlet faaliyetlerini hukuk kurallarına bağlama konusundaki düzenlemeler, kendisini özellikle askerlik ve vergi yükümlülüklerinin adalet ilkelerine göre yeniden yapılandırılması noktasında göstermektedir. Bu alanların herkese eşit biçimde uygulanacak yasalarla düzenlenmesi sağlanarak keyfi yönetimin önüne de geçilmiş olacaktır. Bütün bu alanların düzenleyen yasalarsa II. Mahmut'un eseri olan Meclis-i Vala-yı Ahkam-ı Adliye tarafından yapılacaktır.⁴² Yasal yönetim ilkesi, iktidarı belli alanlarda da olsa hukukla sınırlayarak hukuk devletinin, yönetimin hukukla bağlı olması gereğinin hayata geçirilmesinde önemli bir adım olmuştur.

Bireylere tanınan hak ve özgürlükler, Müslüman olsun olmasın bütün uyrukların bu hak ve özgürlüklerden eşit olarak yararlanabilmesi, yasal yönetim ilkesi ve iktidarın yetkilerinin genel, nesnel yasalarla sınırlanması ve yargısal güvencelerle Tanzimat Fermanı bazı yazarlar tarafından, Türkiye'de hukuk devletinin evrimi açısından bir ilk adım olarak görülmüştür.⁴³ Tanzimat Fermanı bütün bu getirmiş olduğu yeniliklerle, hukuk devletinin ülkemizde gelişimi ve yerleşmesi açısından çok önemli bir belgedir. Bu nedenle bu belgenin ülkemizde hukuk devletinin gelişiminde bir ilk adım olduğu tartışılabilirse bile (Sened-i İttifak'ı da hukuk devletinin gelişiminde bir ilk adım kabul etmek mümkündür), hukuk devletini öncesine göre çok daha ileri götüren bir gelişme olduğu muhakkaktır.

Tanzimat Dönemi içinde 1853 yılında patlak veren Kırım Savaşı'nın ardından, 18 Şubat 1856 yılında Islahat Fermanı ilan edildi. Esas itibariyle 1839'da ilan edilen Tanzimat Fermanı'nın, bazı ilavelerle tekrarı niteliğinde olan Islahat Fermanı'nın en belirgin özelliği, din ve mezheplere bakılmaksızın bütün Osmanlı tebaasının eşitliğinin kanun önünde kesin bir dille ifade etmesiydi.⁴⁴ Bu ferman, 1839 tarihli Tanzimat Fermanı ile tanınan hakların yetersiz olduğunu ve verilen sözlerin de tutulmadığını iddia eden Batılı devletlerin istekleriyle, 1856 Paris Konferansı öncesinde Osmanlı İmparatorluğu'nu Rusya'nın müdahalesine karşı korunması ve Avrupa devletler topluluğuna kabulü karşılığında ilan edilmiştir.⁴⁵

Islahat Fermanı da hukuki açıdan padişahın tek taraflı iradesi sonucu oluşan bir belge, yani "*fermandır*".⁴⁶ Bu fermanda yer alan hak ve özgürlükler yine Tanzimat Fermanı'nda olduğu gibi, Padişah tarafından tebaasına verilen birer lütuf ve bağış niteliğindedir. Doğal olarak bunlar, her zaman geri alınabilecektir. Islahat ve Tanzimat Fermanlarının olumlu yönü

⁴¹ Tanör, s. 87-88.

⁴² Eroğul, s. 215-216.

⁴³ Akad, Mehmet; Dinçkol, Bihterin, *Genel Kamu Hukuku*, Der Y., İstanbul 2000, s. 185.

⁴⁴ Erdoğan, 2007, s. 136.

⁴⁵ Tunç; Bilir; Yavuz, s. 19.

⁴⁶ Gözler, 2000, s. 16.

düşünceleri ve bilinçleri zamanla etkileyerek, var olan siyasi rejimin anti-demokratik niteliği ile haklar ve hukuka bağlılık açısından sakıncalılığını algılamaya başlayan entelektüel çevreleri aktifleştirmesi ve meşrutiyet rejiminin kurulmasını sağlayacak koşulları yaratmış olmasıdır.⁴⁷ Bu anlamda 19. Yüzyıl'ın ikinci yarısında Osmanlı devlet ve toplumunda var olan despotik yönetimi “*istibdad*” diye ilerici bir yaklaşımla ve olumsuz bir terimle betimlemek, sansür veya mutlakiyetçi yönetimden şikayet etmek, Tanzimat ve Islahat Fermanları döneminde oluşan bu tür siyasi gelişmelerin ürünüdür.⁴⁸

Islahat Fermanı'nda Tanzimat Fermanı ile tanınan can, mal, namus, şeref dokunulmazlıkları ile gayrimüslimlerin daha önceden sahip oldukları, ruhani ayrıcalıklar tekrar güvence altına alınmış, bu yolda somut önlemlere başvurma sözü verilmiştir. Gayrimüslimlere dini alanda kendilerini yönetme, eğitim faaliyetinde bulunma ile ibadet edebilme konusunda bazı hak ve güvenceler tanınmıştır.⁴⁹ Müslümanlarla gayrimüslimler arasında, din bakımından var olan ayrıcalıklar kaldırılmış, kimsenin dini dolayısıyla aşağılanmaması öngörülmüş, din değiştirme hakkı kabul edilmiş, İslam Dini'nden çıkan ölüm cezasına çaptırılması usulü kaldırılmıştır.⁵⁰

Islahat Fermanı'nda Hıristiyanların da eyalet meclislerine, Meclis-i Valayı Ahkam-ı Adliye'ye, bütün devlet memurluklarına, okullara ve askerlik hizmetine girebilmeleri, mahkemede Müslüman olanlarla olmayanların tanıklıklarının eşdeğer sayılması ve bunlar arasındaki davalara karma mahkemelerde bakılması, yabancı uyruklara tasarruf-u emlak izni verilmesi, sermaye-i Avrupa'dan istifade edilmesi gibi uyruklar arasında eşitlik sağlayıcı ve yabancılara ekonomik kolaylıklar sağlayan hükümler yer almıştır. Bundan başka bütün uyruklar için geçerli olmak üzere yargılamanın açık olması, yeni ceza yasaları yapılması, ceza uygulamalarının insancılaştırılması, işkence ve eziyetin yasaklanması, maliyede yeniliklere gidilmesi, vergide eşitlik, iltizamın ve cizye vergisinin kaldırılması gibi düzenlemeler getirilmiştir.⁵¹ Bu fermanın hukuk devleti açısından taşıdığı değerin, nitelik ve kapsam olarak kendisine çok benzediği Tanzimat Fermanı gibi olduğu söylenebilir. Islahat Fermanı da bireylere çeşitli hak ve özgürlükler tanımakta, aynı zamanda devletin mutlak yetkisini bu dönemde çıkarılan yasalarla sınırlamaktadır. Özellikle eşitlik konusunda getirmiş olduğu

⁴⁷ Gören, 1999, s. 17-18.

⁴⁸ Ortaylı, İlber, *Osmanlı'da Değişim ve Anayasal Rejim Sorunu*, Türkiye İş Bankası Kültür Y., İstanbul 2008, s. 243-244.

⁴⁹ Tanör, s. 96. Tanzimat dönemindeki vilayet ve belediye yönetimlerindeki meclisler ve gayrimüslim cemaatlerin oluşturduğu meclisler tartışma, karar alma, yönetimi etkileme ile yerel temsil ve seçim konularında önemli bir gelenek oluşturarak, demokrasinin işlemesi için gerekli kural, kurum ve usullerin bir alışkanlık halinde topluma sinmesine katkıda bulundular. Ortaylı, s. 249-250.

⁵⁰ Gözler, 2000, s. 16.

⁵¹ Tanör, s. 96.

düzenlemeler hukuk devleti açısından önem taşımaktadır. Bütün bu getirmiş oldukları hak, özgürlük ve güvencelere, devlet yönetimindeki yenilik ve ilkelerine rağmen; Tanzimat ve Islahat Fermanlarının hukuki bir yaptırımı yoktu. Bu fermanların tek yaptırımı vardı ve manevi nitelikteydi. Buna göre fermanları uygulamayanlar, Tanrı'nın lanetine mazhar olacaklar ve ilelebet felah bulmayacaklardır.⁵² Ayrıca sonuçta bu güvencelerin birer ferman olduğu ve padişahın her zaman için yeni bir ferman çıkararak bu güvenceleri kaldırabilmesinin mümkün olduğu da unutulmamalıdır. Ancak, her şeye rağmen Türk tarihinde anayasal hukuk devletine giden yolun bir daha kapanmamak üzere açılmış olmasının temelinde bu iki fermanın olduğu da bir gerçektir.

1.1.2. İlk Türk Anayasası Olarak Kanun-i Esasi

1.1.2.1. Meşrutiyet Dönemi ve Hukuk Devleti

Yaklaşık yarım asırlık bir süreci kapsayan Tanzimat dönemi fermanları, reform girişimleri ve doğurduğu sonuçları ile Osmanlı siyasal yapısını yeniden düzenleyen, I. Meşrutiyetin ilan edilmesi için uygun bir ortam hazırlamıştı.⁵³ Tanzimat'ta yetişen ve Genç Osmanlılar denilen sivil-bürokrat ağırlıklı aydınlar (Mithat Paşa, Namık Kemal, Ziya Paşa ve Ali Suavi gibi), bu dönemde gerçekleşen yenilik ve uygulamaları yeterli bulmamış, ülkenin kurtuluşunu meşruti bir sistemin kurulmasında görmüşlerdi. İlk Osmanlı Anayasası olan Kanun-i Esasi bu anlamda, toplumsal bir hareketliliğin sonucu değil, Tanzimat döneminde yetişen bu gibi aydınların fikir ve uğraşlarının sonucu olarak meydana gelmiştir.⁵⁴

Osmanlı Devletinde anayasa yapma ve meşruti yönetime geçme çabaları 1870'lerde hızlanmıştır. Sultan Abdülaziz'in yerine tahta çıkan V. Murat, kısa bir süre sonra akli dengesini yitirdi. Bunun üzerine Mithat Paşa'ya haber gönderen Veliaht Abdülhamit, anayasayı ilan edeceği konusunda söz vererek tahta geçirilmesini istedi. 31 Ağustos 1876'da V. Murat hal edilerek, yerine Abdülhamit geçirildi.⁵⁵ Bundan sonra Cemiyet-i Mahsusa adlı bir kurul tarafından Belçika, Polonya ve Prusya Anayasalarından yararlanarak hazırlanan

⁵² Eroğul, s. 216.

⁵³ Akad; Dinçkol, s. 189.

⁵⁴ Tunç; Bilir; Yavuz, s. 20.

⁵⁵ Gözler, 2000, s. 16.

anayasa tasarısı, Mithat Paşa başkanlığındaki Heyet-i Vukela'dan da geçtikten sonra, Padişah tarafından “*ferman*” biçiminde ilan edilmiştir.⁵⁶ 1876 yılının sonlarına doğru İstanbul'da gerçekleştirilen ve Osmanlı devletindeki azınlıkların haklarını konu edinen bir konferansın başladığı tarih olan 23 Aralık 1876 günü bu ilk Osmanlı-Türk Anayasası ilan edildi.⁵⁷

1876 tarihli ilk Osmanlı Anayasası'nda devletin monarşik ve teokratik niteliği değişmemiştir. Bu anlamda Kanun-i Esasi metin olarak belirli zaafı ve parlamenter rejimin ihlalini kolaylaştırma olanakları içeriyordu. Anayasa metni dönemin otoriter uygulamalarına açıktı. Hukuk yönünden ve usul açısından zaafı olan bu belge, parlamenter rejimi henüz tanıyan; sendika, parti gibi ikincil grupların bulunmadığı bir toplumda geleneksel despot uygulamaların yaşamasına cevaz verecek özellikteydi. Kanun-i Esasi'nin en zayıf yönlerinden birisi de yetkili fakat sorumsuz bir hükümdarlık kurumunu tanımasıydı.⁵⁸ Anayasa'da yasama organı konumunda düzenlenen Meclis-i Umumi, Heyeti Ayan ve Heyet-i Mebusan adında iki Meclisten oluşuyordu. Bu meclislerden Heyet-i Ayan'ın üyeleri, doğrudan doğruya padişah tarafından atanmakta, Heyet-i Mebusan ise Osmanlı tebaasınca yapılan seçimlerle oluşan ve temsili niteliği olan bir meclisti.⁵⁹ Yürütme organı ise Padişah ve Heyet-i Vukela'dan (Bakanlar Kurulu) oluşuyordu.⁶⁰

Heyet-i Ayan ve Heyet-i Mebusan yasama yetkisinin kullanılmasında çeşitli sınırlamalara tabiydiler. Bu meclisler ancak kendi görev alanına giren konularda yasa teklifinde bulunabiliyorlardı. Yasa teklifinde bulunabilmesi için ayrıca Padişahın izni gerekiyordu. İzin şartı sağlansa bile yasa metninin Şura-ı Devlet'ten çıkması gerekirdi. Bir metnin yasalaşması için her iki Meclisin onayı gerekiyordu. Her iki Meclisçe kabul edilen yasaların yürürlüğe girmesi Padişahın -mutlak anlamda- onayına bağlıydı. Yine her iki Meclisin başkanları da Padişah tarafından seçiliyordu.⁶¹ Meclislerin çalışabilmesi ve çalışma süreleri Padişahın takdirine bırakılmış, bunların tatili ve gerektiğinde feshi Padişahın kutsal haklarından sayılmıştı. Yasama işlevi açısından görülen bu durum, Padişahın vesayetinin yasama alanında devam ettiği şeklinde yorumlanmıştır.⁶²

⁵⁶ Gören, 1999, s. 18.

⁵⁷ Yılmaz, s. 38. Bu Anayasa sonucu oluşan ilk Osmanlı parlamentosunun sınıfsal bir nitelikten çok, etnik bir çeşitliliğe sahip olması onun çağdaş parlamentolardan belirgin ve ayırıcı özelliğini oluşturmaktadır. Ortaylı, s. 254.

⁵⁸ Ortaylı, s. 244.

⁵⁹ Erdoğan, 2007, s. 137.

⁶⁰ Gözler, 2000, s. 20.

⁶¹ Eroğul, s. 222-223.

⁶² Tanör, s. 139.

Kanun-i Esasi'nin sisteminde hükümet meclislere karşı değil, saltanata karşı sorumludur. Hükümet programının kabulü, güvenoyu gibi kurumlar Anayasa'da yer almamıştır.⁶³ Padişah Heyet-i Vukela'nın, başkan ve üyelerini doğrudan kendisi seçer ve atar, gerektiğinde de azlederdi.⁶⁴ Heyet-i Vukela, görüşülmesi Padişahın iznini gerektiren konularda Padişahın izin almak zorundaydı. İlk Osmanlı Kanun-i Esasisi, üyeleri arasında uyum ve dayanışma bulunan bir kabine ya da hükümete olanak tanımamıştır. Şu halde, Heyet-i Vukela'nın seçimi ve işleyişi konusunda tek ve gerçek söz sahibi hükümdar, aslında yürütme organının da kendisidir.⁶⁵ Kanun-i Esasi'nin sisteminde gerek yasama organı, gerekse yürütme organı Padişahın şahsı ile birleşmiş olduğundan, hukuk devletinin gereği olan kuvvetler ayrılığının devlet gücünün dizginlenmiş ve sınırlanmış olması özelliği⁶⁶, anayasal anlamda sağlanmamıştır. Bu nedenle 1876 Osmanlı Kanun-i Esasisi kuvvetler ayrılığını kurumsal anlamda gerçekleştirememiş ve eski mutlakiyetçi gelenek anayasal rejimde devam ettirilmiştir.⁶⁷

Kanun-i Esasi temel hak ve özgürlükleri ise zamanının anayasalarına benzer bir şekilde düzenlemiştir. Vatandaşlık hakkı, kişi güvenliği, kişi hürriyeti, ibadet hürriyeti, basın hürriyeti, dilekçe hakkı, eşitlik ilkesi, eğitim hakkı, devlet memuriyetine girme hakkı, mali güce göre vergilendirme ilkesi, konut dokunulmazlığı, müsadere ve angarya yasağı, vergilerin kanuniliği ilkesi, işkence yasağı gibi hak ve özgürlükler tanınmıştır.⁶⁸ Ancak Anayasa ile tanınan hak ve özgürlüklerin düzenlenmesinin Padişahın iradesine bağlı olan yasalarla yapılacak olması ve 113'üncü maddeyle Padişaha verilen "*hükümetin güvenliğini bozdukları basit bir zabıta soruşturmasıyla ispat olunanları ülke dışına sürmek*" yetkisi, bu hak ve özgürlüklerin vatandaşlar için taşıdığı güvence olma niteliğini önleyebilecektir.⁶⁹ Yine temel hak ve özgürlüklerin ilkel yargı yolu güvencesi ile bile donatılmamış olması⁷⁰, toplanma ve dernek özgürlüğü, düşünce ve ifade özgürlüğü, vicdan özgürlüğünün yer almaması⁷¹ ile sansürün yasaklamamış olması Kanun-i Esasi'de temel hak ve özgürlükler düzeninin eleştirilebilecek diğer noktalarıdır. Ancak bütün eksiklik ve sakıncalarına rağmen Kanun-i Esasi, Tanzimat döneminin temel hak ve özgürlükler alanında getirdiklerinden çok daha

⁶³ Ortaylı, s. 244.

⁶⁴ Tanör, s. 136.

⁶⁵ Tanör, s. 138.

⁶⁶ Ökçesiz, 1998, s. 27.

⁶⁷ Ortaylı, s. 245.

⁶⁸ Atar, 2000, s. 18-19. Ancak Kanun-i Esasi'nin 26'ncı maddesinde düzenlenen işkence yasağı ise İmparatorluk bürokrasisi tarafından sürekli olarak ihlal edilmişti. Ortaylı, s. 246.

⁶⁹ Akad; Dinçkol, s. 183.

⁷⁰ Gören, 1999, s. 21.

⁷¹ Erdoğan, 2007, s. 139.

ilerisini getirmiştir.⁷² Bu açıdan bu Anayasa, hukuk devletini Tanzimat dönemine göre çok daha ileri bir noktaya ulaştırmıştır.

Kanun-i Esasi’de yargı yetkisinin ise şer’iye ve nizamiye mahkemeleri tarafından kullanılacağı düzenlenmiştir. Şer’iye Mahkemeleri şeriat hükümlerine uyarınca yargılama yapmaktadır. Nizamiye Mahkemeleri ise ceza davaları ve yeni yapılan kanunlardan doğan uyuşmazlıkları karara bağlamaktadır.⁷³ Kanun-i Esasi ayrıca Divan-ı Ali (Yüce Divan) adında bir mahkeme kurulmasını da öngörmüştü. Divan-ı Ali vekilleri, Yargıtay başkan ve üyelerini ve Padişaha karşı cürüm işleyenleri yargılamak amacıyla kurulan bir mahkemeydi.⁷⁴ Ancak Divan-ı Ali’nin, Padişahın iznine bağlı olarak çalışıyor olması bu mahkemenin bağımsızlığını etkileyen bir durumdu.⁷⁵ Bu şekilde bir düzenlenme nedeniyle Divan-ı Ali yönetimin eylem ve işlemlerinin yargısal denetimini yapabilecek ve hukuk devletine katkı sağlayabilecek bir mahkeme olma niteliğini de yitirmiş oluyordu.

Kanun-i Esasi, yargı yetkisinin gerektirdiği asgari güvencelere yer veriyor ve bunları “*Mehakim*” (Mahkemeler) bölümünde düzenliyordu. Bu bölümde, mahkemelerin bağımsızlığı, hakim güvencesi, mahkemelerin önüne gelen davalara bakmaktan kaçınamamaları gibi güvenceler yer almıştır.⁷⁶ Kanun-i Esasi ayrıca, kişilerle ilgili yargısal güvenceler bakımından da oldukça kapsamlı ve azımsanamayacak ölçüde güvenceler getirmiştir. Tabii hakim ilkesi, yargılamanın açıklığı ilkesi, herkesin mahkemeler önünde bütün yollardan yararlanarak kendini savunabilmesi, işkence ve her türlü eziyetin yasaklanması bunlara örnek olarak verilebilir. Bu Anayasa’nın yargı ve yargısal güvenceler açısından getirdiği düzenlemelerin 1924 Anayasası’ndan bile ileri olduğu savunulmuştur.⁷⁷ Bu nedenle yargısal alanda getirmiş olduğu yeniliklerle Kanun-i Esasi’nin ülkemizde hukuk devletinin gelişimine önemli katkılar sağladığı söylenebilir.

Kanun-i Esasi’nin yürürlüğe girmesinden sonra Osmanlı Devleti’nde ilk kez bir Parlamento yasama görevini yerine getirmek üzere kurulmuştur. Bu Parlamantonun, dış politika sorunlarına ve ordunun yönetimine ilişkin eleştiriler getirmesi ve bu eleştirilere Padişahı da katması, II. Abdülhamit’i tedirgin etti. Meşrutiyet cephesinin zayıflığı, halkın rejime destek vermemesi ve çeşitli dış etkenler nedeniyle II. Abdülhamit 14 Şubat 1878’de

⁷² Tanör, s. 146. Kanun-i Esasi’nin sansürle ilgili 12’nci maddesi şu şekildeydi: “*Matbuat kanun dairesinde serbesttir.*” Bu hükmün sansürü yasaklamayacağı ve sansür rejiminin bu madde ile rahatlıkla uygulanabileceği ifade edilmiştir. Ortaylı, s. 245.

⁷³ Tunç, Hasan, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Nobel Y, Ankara 1999, s. 23-24.

⁷⁴ Tanör, s. 145.

⁷⁵ Eroğul, 2007, s. 223.

⁷⁶ Erdoğan, 2007, s. 139.

⁷⁷ Tanör, s. 147.

Anayasa'nın 7'nci maddesinde yer alan “*meclisin tatiline karar verme*” yetkisine dayanarak meclisi dağıttı ve mebuslar memleketlerine gönderildi. Meclis bu şekilde dağıtıldıktan sonra Kanun-i Esasi hukuken olmasa da fiilen yürürlükten kaldırılmış oluyordu.⁷⁸

1.1.2.2. Kanun-i Esasi’de Hukuk Devleti İle İlgili Hükümler ve Değişiklikler

Meclis-i Umumi'nin, II. Abdülhamit tarafından “*fevkalade haller ve halkın ehliyetsizliği*” nedeniyle 14 Şubat 1878’de kapatılmasından sonra; 23 Temmuz 1908’de, II. Abdülhamit’in bir Hattı Hümayunla 1876 Kanun-i Esasi’sini tekrar yürürlüğe koymasıyla II. Meşrutiyet dönemi başlamıştır.⁷⁹ Ancak Kanun-i Esasi’nin tatil edildiği bu dönemde dahi Anayasa’nın yürürlüğü sürüyor ve Osmanlı devlet yönetiminin anayasal monarşi niteliği devam ediyordu. (Örneğin Kanun-i Esasi metni devlet salnamelerinde, ilan edilen hattı hümayun ve ayan listesiyle birlikte sürekli yayınlanıyordu.)⁸⁰ Kanun-i Esasi’nin bu tarihte ilan edilmesine, ordunun Padişah üzerindeki baskısı, İttihat ve Terakki Cemiyeti’nin gizli çalışmaları, Balkanlardaki kıpırdanmalar etken olmuştur. Bu dönemde Abdülhamit’in baskı rejimine karşı, asker-bürokrat ağırlıklı aydınlardan oluşan Jön Türk (Genç Türkler) hareketinin mücadelesi de önemli bir yer tutar.⁸¹ II. Meşrutiyet Osmanlı tarihindeki diğer anayasal hareketlerden farklı olarak, genişçe bir toplumsal temele dayanmakta olup, kadro ve kitle dayanaklarını orta sınıflarda (aydınlar, serbest meslek sahipleri, tüccarlar vb.) bulmaktadır.⁸²

Kanun-i Esasi’nin yürürlüğe girmesinden sonra, Meclis-i Umumi 17 Aralık 1908 günü açıldı. Gerçekleşen seçimlerde, çoğunluğu sağlayan İttihat ve Terakki Cemiyeti’ne karşı, İstanbul’da 31 Mart Vak’ası denilen ayaklanma oldu. Selanik’ten İstanbul’a gelen Hareket Ordusu ayaklanmayı bastırdı. Akabinde 27 Nisan 1909’da Meclis-i Umumi tarafından Abdülhamit tahttan indirildi, yerine Mehmet Reşat’ın (V. Mehmet) geçirildi. Meclis-i Umumi bu olayın ardından, Kanun-i Esasi’nin yirmi bir maddesini değiştirmiş, bir maddesini kaldırmış ve üç yeni madde eklemiştir.⁸³ Bu değişiklikler, Anayasa’nın ana prensibini

⁷⁸ Akad; Dinçkol, s. 193.

⁷⁹ Giritli, İsmet; Sarmaşık, Jale, *Anayasa Hukukuna Giriş*, İstanbul 2001, s. 138.

⁸⁰ Ortaylı, s. 246.

⁸¹ Gözübüyük, Şeref, *Anayasa Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 113.

⁸² Tanör, s. 177.

⁸³ Gözler, 2000, s. 21-22.

değiştirmesi ve eskisine nazaran daha üstün bir Anayasa oluşturması nedeniyle yeni bir Anayasa niteliğinde kabul edilmiştir.⁸⁴

Meşrutiyet yönetimi veya anayasal monarşi asıl bu değişikliklerle başlamış, klasik parlamenter sistemin tipik unsurları anayasa hukukumuzda girmiştir. Bu değişikliklerle birlikte demokratik yürütme ve yasama organlarıyla, yumuşak, işbirliğine dayalı, ama yasamayı daha çok kollayan kuvvetler ayrılığına gidilmiştir.⁸⁵ Padişah'ın siyasal sistemdeki etkisi kırılmış; Padişah meşruti monarşilerdeki hükümdar gibi sembolik yetkileri olan bir devlet başkanı konumuna getirilmiştir.⁸⁶ Kanun-i Esasi'de yapılan değişikliklerle, kuvvetler ayrılığı ilkesinin anayasal nitelik kazanmasıyla hukuk devletinin de bir gereği gerçekleşmiş oluyordu. Böylelikle sınırsız devlet gücü dengelenerek Anayasa'da bireylere tanınan hak ve özgürlükler için daha güvenceli bir sistem kabul ediliyordu. Yine Padişahın yetkileri sınırlandırılarak, hukuk devletinde yöneticilerin hukuka uygun davranması gereğinin önündeki en büyük engel olan Padişahın mutlak, sınırsız ve denetimsiz yetkilerinin önüne bir set çekiliyordu.

Kanun-i Esasi'de 1909 yılında yapılan değişikliklerle Sadrazam ve diğer bakanlar, siyasal bakımdan Meclis-i Mebusan'a karşı sorumlu tutulmuş, Heyet-i Vukela'nın kolektif sorumluluğu, bakanların ise bireysel sorumluluğu getirilmişti. Meclis-i Mebusan'ın güvenini kazanamayan bir bakan hemen görevinden istifa edecek, güvensizlik oyu Başbakana verilirse Bakanlar Kurulu düşmüş olacaktı. Bu durum Meclis-i Mebusan'ı, devlet mekanizmasının en etkili organı haline getirmişti. Padişahın, bütün yürütme organını oluşturma yetkisi kaldırılmakta ve Padişaha sadece Sadrazamı atama, Sadrazamın seçtiği diğer bakanları ise onama yetkisi verilmekteydi. Yine icrai bir işlemin oluşması için Sadrazamın ya da ilgili bakanın imzasının şart koşulduğu hüküm ile Padişahın tek başına ve keyfi kararlar alması önlenmiş oluyordu.⁸⁷

1909 değişiklikleri ile Padişah artık tahta çıktığında, Meclisi Umumi önünde Kanun-i Esasi'ye, vatana ve ulusa sadakat göstereceğine dair yemin edecektir. Meclis-i Mebusan ve Meclis-i Ayan her yıl ekim ayı başında çağrısız toplanacak ve Mayıs ayına kadar toplantılarını sürdürecektir. Böylelikle Padişahın, Meclisin toplanmasına ve çalışmasına engel olması önlenmek istenmişti. Mebusların salt çoğunluğu istediği takdirde, olağanüstü toplantı yapılabilecek ya da toplantı süresi uzatılabilecekti. Mebuslar artık kendi başkanlarını da

⁸⁴ Akad; Dinçkol, s. 204.

⁸⁵ Tanör, s. 196.

⁸⁶ Gözler, 2000, s. 22.

⁸⁷ Gören, 1999, s. 22-23.

seçebileceklerdir.⁸⁸ Padişahın Meclisi feshetme hakkının kullanımı oldukça güçleştirilmiş ve Heyet-i Ayan'ın onayı ve 3 ay içinde yeni seçim yapılması şartlarına bağlanmıştır.⁸⁹ Heyet-i Ayan ve Heyet-i Mebusan'ın, kanun teklif etmek için Padişah'tan izin alma şartı kaldırılmış; her bir Meclisin yasa önermeye yetkili olduğu esas kabul edilmiştir. Padişahın sahip olduğu, mutlak veto yetkisi, geciktirici ve zorlaştırıcı veto yetkisine dönüştürülmüştür. Kanun tekliflerinin önce Şura-ı Devlet'te görüşülmesi ve hazırlanması usulü kaldırılmıştır.⁹⁰

Hak ve özgürlükler alanında 1909 değişiklikleri pek kapsamlı yenilikler getirmemiştir. En önemli değişiklik hak ve özgürlüklerin kullanılmasına karşı bir baskı aracı olan Padişahın sürgün yetkisinin kaldırılmasıdır. Yine kişi dokunulmazlığının alanı genişletilmiştir. Geçmiş döneme tepki olarak sansür yasaklanarak basın özgürleştirilmiştir. Değişiklikler arasında haberleşmenin gizliliğinin sağlanması, toplantı ve dernek kurma özgürlüklerinin tanınması da vardır.⁹¹ Çalışma, ticaret ve sanat özgürlüğü düzenlenmiş, eğitim ve öğretim özgürlüğü teminat altına alınmıştır.⁹² Postadaki evrakın yargıç kararı olmadan açılmayacağı kabul edilmiştir. Buna karşılık tutuklama ile cezalandırmanın şer'i hükümlere dayandırılarak da yapılabileceğinin Anayasa'da belirtilmesi özgürlükler açısından bir geri gidiş olarak değerlendirilmiştir.⁹³ Kanun-i Esasi'nin, ilk şeklinin yargı ile ilgili hükümlerinin yeterli görülmesinden dolayı yargı erkinde ise değişiklik yapılması yoluna gidilmemiştir.⁹⁴

II. Meşrutiyet döneminde gerçekleşen bir hükümet darbesi ise hukuk devletinin gelişiminde yapmış olduğu kesinti ve ülkemizde yapılan diğer darbelere temel oluşturması bakımından önemlidir. Bu darbe büyük devletler tarafından 17 Ocakta Osmanlı Devleti'ne verilen notayla Edirne ve Adalardan vazgeçilmesinin istendiği bir dönemde gerçekleşmiştir. Mebusan Meclisi'nin dağılmış olmasından dolayı alınacak kararın sorumluluğunu paylaşmak üzere devletin ileri gelenlerinden oluşan bir Şura'yı Saltanat'a başvuruldu. Şura vermiş olduğu kararda Edirne ve İstanbul'un kuşatılmış olduğu gerekçesiyle barış kararı aldı. Bu karar Edirne'nin gözden çıkarılması anlamına geliyordu. Bu koşullar altında 23 Ocak 1913 günü İttihat ve Terakki Cemiyeti Babıali Baskını denen darbeyi yaptı. İttihatçılar büyük bir kalabalık halinde Edirne için sloganlarla bağırarak Babıali'ye yürüdüler; muhafızlar ise gelenlere engel olamadılar. Enver paşa Babıali'de, doğru Kamil Paşa'nın yanına vardı ve istifasını yazdırdı. Yazıyı alıp Padişah'a gitti ve sadarete Mahmut Şevket'in atanmasını

⁸⁸ Eroğul, s. 229.

⁸⁹ Akad; Dinçkol, s. 204.

⁹⁰ Gözler, 2000, s. 22.

⁹¹ Akad; Dinçkol, s. 205.

⁹² Yılmaz, s. 50.

⁹³ Eroğul, s. 229.

⁹⁴ Gözler, 2000, s. 23.

sağladı. Paşa Harbiye'yi de üstlendi. Sait Halim hariciye, Hacı Adil dahiliye nazırı oldu. Ahmet İzzet Paşa Başkumandan Vekili, Cemal Bey ise Merkez Komutanı oldu.⁹⁵ Osmanlı Devleti döneminde “*Babıali Baskını*” olarak bilinen ve mevcut hükümetin görevden el çektilmesiyle sonuçlanan hükümet darbesi, meşrutî rejime hukuk dışı bir müdahale niteliği taşıyordu. Bu özelliği nedeniyle bu darbeyi Osmanlı Devleti döneminde Sened-i İttifak ile başlayan hukuk devleti gelişmelerinden bir geri dönüş olarak değerlendirmek mümkündür. Bununla birlikte; aşağıdaki bölümlerde değinilecek 27 Mayıs 1960, 12 Mart 1971 ve 12 Eylül 1980 askeri müdahalelerinden en önemli farkı, 1913 Hükümet Darbesi'nin anayasa değişikliği sonucu doğurmaması olmuştur.

Osmanlı Devleti'nin son Meclis-i Mebusan'ı 12 Ocak 1920'de toplanabilmiştir. Bu arada Misak-ı Milli Bildirgesini yayımlayan Meclis, İstanbul'un işgali ve bazı üyelerinin tutuklanmasıyla çalışamaz duruma gelmiştir. Bu durumu saptayan Meclis, çalışmalarına 18 Mart 1920'de süresiz olarak ara vermiştir. Padişah ise Meclis-i Mebusan'ı 11 Nisan 1920'de resmen dağıtmıştır. Böylece Osmanlı İmparatorluğu'nda yerleştirilmek istenen parlamenter sistem hukuken ve fiilen sona ermiştir.⁹⁶

1.2. Cumhuriyet Döneminde Hukuk Devleti

Osmanlı Devleti'nin hukuki varlığının sona ermesinden sonra ülkemizde hukuk devletinin gelişim süreci Cumhuriyet döneminde devam etmiştir. Bu dönemde kabul edilen Anayasalar hukuk devleti açısından özellik gösteren ve ayrı başlıklar altında incelenmesi gereken konulardır. Ayrıca hukuk devletinin askıya alındığı ve hukuk devletinin gereklerinden uzaklaşıldığı askeri yönetim dönemleri de Cumhuriyet döneminde gerçekleşmiştir. Bu nedenle Cumhuriyet döneminde hukuk devletinin gelişiminin dalgalı bir seyir izlediği söylenebilir. Hukuk devleti açısından ilerleme niteliğinde kabul edilecek bazı kazanımlar, özellikle 1971 ve 1980 askeri darbe dönemleri veya ara dönemler neticesinde yapılan anayasacılık hareketleriyle belli ölçüde geri alınmıştır. 1960 darbesi, yöntem olarak anti-demokratik bir karakter taşıması ve anayasal düzeni askıya alması nedeniyle hukuk devletine

⁹⁵ Akşin, Sina, *Ana Çizgileriyle Türkiye'nin Yakın Tarihi*, İmaj Y., Ankara 2006, s. 67-68.

⁹⁶ Gözübüyük, 2003, s. 115.

aykırı olmasına rağmen, ürünü olan 1961 Anayasası ile bizzat 1924 Anayasası'nın içeriğinde yer alan hukuk devleti ile ilgili eksiklikleri ve aykırılıkları giderdiği için 1971 ve 1980 darbelerine göre kendine özgü bir farklılık taşır.

Bu bölümde Cumhuriyet'in kurulmasından önce kabul edilen 1921 Anayasası'ndan başlayarak, 12 Eylül 1980'e kadar geçen süreç içerisindeki anayasalar, anayasa değişiklikleri ve bunlarda etkili olan askeri müdahaleler genel hatlarıyla incelenecektir.

1.2.1. Cumhuriyetin Kuruluşundan 1961 Anayasası Dönemine Kadar Hukuk Devletinin Gelişimi

1.2.1.1. 1921 Teşkilatı Esasiye Kanunu (1921 Anayasası)

Son Osmanlı Meclis-i Mebusan'ı için yapılan seçimlerde Müdafaa-i Hukukçular çoğunluğu elde etmişler ve aldıkları bir kararla yurdun bölünmezliğini ilan eden Misak-ı Milli'yi kabul etmişlerdi. Ancak son Osmanlı Meclisi Mebusanı'nın İstanbul Hükümeti tarafından feshedilmesi üzerine Mustafa Kemal Paşa, illere gönderdiği bir tamimle Ankara'da olağanüstü yetkilere sahip bir meclisin –kurucu meclis- kurulmasını istedi. Seçilen yeni üyeler ve Meclis-i Mebusan'dan gelen üyelerden oluşan Birinci Büyük Millet Meclisi 23 Nisan 1920 tarihinde Ankara'da toplanmıştır. Teşkilat-ı Esasiye Kanunu, bu ilk oluşturulan birinci Meclis tarafından 1921 tarihinde kabul edilmiştir.⁹⁷

Yirmi üç madde ve ayrı bir maddeden oluşan ve kısa bir çerçeve Anayasa niteliğinde olan Teşkilat-ı Esasiye Kanunu Osmanlı-Türk tarihinde adi kanunlar veya yumuşak anayasalar için öngörülen normal usullerle kabul edilmiş tek Anayasa ve hazırlanış biçimi açısından en demokratik örneğidir.⁹⁸ Teşkilatı Esasiye Kanunu'nun uygulamada olduğu dönemde, Kanun-i Esasi de geçerli kabul edilmiş; Kanun-i Esasi'nin bu Anayasa ile çelişmeyen hükümlerinin de uygulandığı, iki anayasalı bir sistem mevcut olmuştur.⁹⁹

1921 Anayasası egemenliğin sahibi açısından Türk Anayasa hukuku tarihinde, devrim niteliğinde bir yenilik getirmiştir. Teşkilatı Esasiye Kanunu'nun birinci maddesi "*hakimiyetin kayıtsız, şartsız millete ait olduğunu*" ve "*halkın kendi mukadderatını, bizzat ve*

⁹⁷ Atar, 2000, s. 19-20.

⁹⁸ Giritli; Sarmaşık, s. 173-174.

⁹⁹ Tunç, s. 28.

bilfiil idare edeceğini” kabul ederek milli egemenlik ilkesi benimsemişti.¹⁰⁰ Egemenliğin sahibinin değişerek, Padişah’tan millete geçmesi aslında Osmanlı İmparatorluğu’nun tarihe intikal etmesi; yerine yeni ve milli Türkiye Devletinin kurulmuş olması anlamına geliyordu.¹⁰¹ Millet sahip olduğu egemenlik hakkını temsilcisi olan Meclis eliyle kullanacaktı.

1921 Anayasası kuvvetler birliği anlayışını ve meclis hükümeti sistemini benimsemişti. Anayasa’ya göre yasama ve yürütme güçlerinin Mecliste toplanması, bakanların teker teker Meclis tarafından seçilmesi, bakanların her zaman Meclis tarafından değiştirilebilmesi; buna karşılık yürütme organının Meclise karşı kullanabileceği (fesih gibi) hiçbir hukuki silahının olmaması ve bir devlet başkanlığı müessesesinin yaratılmamış olması¹⁰², kuvvetler birliği ve meclis hükümeti sisteminin anayasal dayanaklarını oluşturmaktadır. Dönemin olağanüstü koşulları ve Kurtuluş Savaşı mücadelesi kuvvetler birliği ve meclis hükümeti sisteminin benimsenmesi sonucunu doğurmuş ve hukuk devletinin gereği olan kuvvetler ayrılığı düşüncesi göz ardı edilmiştir. Bakanların halkın temsilcilerinden oluşan meclise tabi oldukları ve hükümetin meclisin emirlerini ve talimatını yerine getirmekle yükümlü oldukları ve konvansiyonel sistem de denen bu hükümet şekli¹⁰³, ilk önce 1776 yılında Kuzey Amerika’da uygulanmış; daha sonra Fransa’ya geçerek 1791, 1848 ve 1875 Anayasalarında yer almıştır.¹⁰⁴

Yargı ve mahkemelerle ilgili düzenlemeler ise 1921 Anayasası’nda yer almamıştı. Ancak bu dönemde yargı yetkisini de meclise ait sayan, kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti ilkesiyle bağdaşması mümkün olmayan bir görüş egemendi. Üyeleri Büyük Millet Meclisi tarafından ve mebuslar arasından seçilen mahkemeler, kuvvetler birliği ve meclis hükümeti sisteminin bir gereği olarak sunulmuş¹⁰⁵ ve yargılama faaliyetlerini yürütmüştü. Bu dönemde kuvvetler birliği düşüncesi doğrultusunda, Hıyanet-i Vataniye Kanunu’na dayanılarak parlamento kararı ile kurulan İstiklal Mahkemeleri’nin, hakim bağımsızlığı ve doğal hakim ilkelerine aykırı olarak görevlerini yerine getirdiği ifade edilmiştir.¹⁰⁶ Gerçekten de suç işlendikten sonra suçluya (daha doğrusu şüpheliye) özel bir mahkemenin hele hele kanunla değil de birer parlamento kararı ile kurulması, üstelik mahkeme üyelerinin bizzat milletvekillerinden oluşması hukuk devleti açısından kabul edilemeyecek kadar önemli bir aksaklık, adalet zaafı olarak tarihte yerini almıştır.

¹⁰⁰ Tunç; Bilir; Yavuz, s. 27.

¹⁰¹ Giritli; Sarmaşık, s. 173.

¹⁰² Tunç; Bilir; Yavuz, s. 28.

¹⁰³ Esen, 1970, s. 302.

¹⁰⁴ Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Ekin Y., Bursa 2010, s. 111.

¹⁰⁵ Tanör, s. 261.

¹⁰⁶ Tunç; Bilir; Yavuz, s. 28.

Temel hak ve özgürlükler de yargı gibi 1921 Anayasası'nda düzenlenmemiştir. Olağanüstü bir dönemde hazırlanmış olması ve bir geçiş döneminin temel ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla hazırlanan bir Anayasa olması bu durumun temel nedenidir.¹⁰⁷ Ancak 1876 Osmanlı Kanun-i Esasisi hala yürürlükte olduğu için, bu Anayasa'nın temel hak ve özgürlükleri düzenleyen hükümleri geçerli olacaktır. Böylelikle temel hak ve özgürlüklerin 1921 Anayasası'nda düzenlenmemesinin eksikliği bir ölçüde giderebilecektir. Ancak 1921 Anayasası'nın yumuşak bir Anayasa olmasından dolayı, temel hak ve özgürlüklerin yasalarla –basit çoğunluklarla dahi- düzenlenebilmesi, hukuk devletinin temel hak ve özgürlüklerin güvence altında olması gereğiyle tam olarak bağdaşmamaktadır.

1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun diğer bir özelliği, yargının ve temel hak ve özgürlüklerin Anayasa'da yer almamasına rağmen; Anayasa'nın önemli bir bölümünün (m. 10-23) taşra yönetimine ayrılmış olmasıdır. Anayasa'da yerinden yönetim ilkesi, o döneme göre oldukça ileri bir düzeyde benimsenmiş; bu özellik “*yerel katılım ve yerel demokrasi*” olarak adlandırılmıştır.¹⁰⁸ Kurtuluş Savaşı'nın tam ortasında modern anlamda demokratik sayılacak bu düzenlemeler, aynı zamanda rasyonel bir nitelik de taşımaktadır. Çünkü Kurtuluş Savaşı zaten, bizatihi yerel direniş örgütlenmeleri aracılığıyla yürütülmüş ve başarıya ulaşmıştır. Yerel halkın kendi yerel yöneticilerini bizzat kendisinin belirlemesi siyasi anlamda olgunlaşmalarını ve siyasi aidiyet bilinçlerinin bilerek işgale karşı daha kararlı direnmelerini sağlamıştır.

1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun yürürlükte olduğu ikinci TBMM döneminde, 29 Ekim 1923 tarih ve 364 sayılı kanunla Anayasa değiştirilmiş ve devrim niteliğinde kurallar kabul edilmiştir. 364 sayılı bu Kanunun birinci maddesine göre “*Türkiye Devletinin hükümet şekli Cumhuriyettir*” demek ve Anayasa'nın 10'uncu maddesi şu şekilde değiştirilmektedir: “*Türkiye Cumhurbaşkanı, TBMM Genel Kurulu tarafından ve kendi üyeleri arasından bir seçim dönemi için seçilir. Cumhurbaşkanlığı görevi yeni Cumhurbaşkanı'nın seçilmesine kadar devam eder...*” Yine Anayasa'nın 12'nci maddesi şöyle değiştirilmiştir: “*Başbakan cumhurbaşkanı tarafından ve Meclis üyeleri arasından seçilir. Diğer bakanlar Başbakan tarafından, gene Meclis üyeleri arasından seçildikten sonra, tümü Cumhurbaşkanı tarafından Meclisin onayına sunulur. Meclis toplanmamış ise, onay işi Meclisin toplanmasına ertelenir.*” 1921 Teşkilatı Esasiye Kanunu'nda yapılan bu değişikliklerle Cumhuriyet yönetimi devlet biçimi olarak kabul edilmiş, Parlamenter hükümet sisteminin bazı özellikleri Anayasa'ya

¹⁰⁷ Giritli; Sarmaşık, s. 174.

¹⁰⁸ Atar, 2000, s. 21.

girmiştir.¹⁰⁹ 1921 Anayasası döneminde geçerli olan kuvvetler birliği düşüncesinden kuvvetler ayrılığına doğru bir yönelişin yaşandığı bu Anayasa değişiklikleri, bu özelliği nedeniyle hukuk devleti açısından bir ilerleme niteliği taşıyordu.

1.2.1.2. 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu (1924 Anayasası)

Cumhuriyet'in ilan edilmiş olmasına ve organlarının oluşturulmasına karşın, olağanüstü bir dönemde çıkarılmış olan 1921 Anayasası; devlet gereksinmelerine cevap vermekten uzaktı.¹¹⁰ Büyük Millet Meclisi'nin göreve başladığı 23 Nisan 1920 tarihinden sonra çeşitli tarihlerde çıkarılan ülkenin anayasal yaşamı ile ilgili yasaları sistemleştirmek ve bütünleştirmek gereği, temelde aynı esaslara dayanan yeni bir anayasa hazırlanmasını gündeme getirdi. Bu yeni Anayasa, 20 Nisan 1924 tarihinde ikinci dönem TBMM tarafından kabul edilen 1924 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'dur.¹¹¹ Bu Anayasa 105 madde ve 6 bölümden oluşmaktaydı. Birinci bölüm "*Esas Hükümler*" (m. 1-8), ikinci bölüm "*Yasama Görevi*" (m. 9-30), üçüncü bölüm "*Yürütme Görevi*" (m. 31-52), dördüncü bölüm "*Yargı Erki*" (m. 53-67), beşinci bölüm "*Türklerin Hukuki Ammesi*" (m. 68-88), altıncı bölüm "*Türlü Maddeler*" başlıkları altında toplanıyordu.¹¹²

1924 Anayasası, 1921 Anayasası'nda olduğu gibi egemenliğin sınırsız ve koşulsuz ulusa ait olduğunu (m. 3) ve ulus adına sadece TBMM tarafından kullanılacağını tekrarlamıştı. Anayasa kurumlarını sürekli bu temel ilkeye (millet egemenliğine) dayandırarak kuramsal olarak da Meclisin üstünlüğü ilkesini ortaya koymuştu.¹¹³ Katı bir Anayasa olan 1924 Teşkilatı Esasiye Kanunu, hiçbir kanunun Anayasa'ya aykırı olamayacağını belirterek, anayasanın üstünlüğü ilkesini benimsemiş, buna karşılık bir Anayasa yargısına ise yer vermemiştir.¹¹⁴

1924 Anayasası 1921 Anayasası'na göre meclis hükümeti sisteminden biraz daha ayrılarak, parlamenter hükümet sistemine yaklaşan bir model öngörmüştür. Anayasa, meclis hükümeti ile parlamenter sistem arasında karma bir hükümet sistemi kurarak her iki sisteme

¹⁰⁹ Tunç, s. 30.

¹¹⁰ Gözübüyük, 2003, s. 125,

¹¹¹ Gören, 1999, s. 33.

¹¹² Gören, 1999, s. 35.

¹¹³ Gören, 1999, s. 35.

¹¹⁴ Atar, 2000, s. 21.

ait özellikleri bünyesinde barındırmıştır. Bu hükümet sistemi ise “*kuvvetler birliği ve görevler ayrılığı*” olarak nitelendirilmiştir. Egemenlik yetkisinin millet adına yalnız TBMM’ye ait olduğu ve bu yetkinin TBMM tarafından temsil edileceği, yasama ve yürütüme yetkilerinin TBMM’de toplanacağı, yasaların yorumlanması ve tüzüklerin denetiminin TBMM’ye ait olması gibi yetkiler meclis hükümeti sistemine; yürütme yetkisinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu eliyle kullanılabilmesi, TBMM’nin hükümeti denetleyebilmesi ve düşürebilmesine ilişkin hükümler ise parlamenter hükümet sistemine yaklaşan özelliklerdir.¹¹⁵ Kuvvetler birliğinden kuvvetler ayrılığı düşüncesine doğru yönelişin söz konusu olduğu 1924 Anayasası, bu açıdan hukuk devleti için ileri bir adım olarak değerlendirilebilir.

1924 Anayasası’nda özgürlükler konusunda, 18’inci yüzyıl düşünürlerinin işledikleri ve geliştirdikleri doğal hukuk anlayışı egemendir. Bu anlayışa göre özgürlük başkasına zarar vermeyecek her türlü davranışı yapmaktır. Anayasa bu nitelikteki özgürlükleri sayarak devletin bu alana müdahale edemeyeceğini, devlet iktidarının sınırlandığı oranda birey özgürlüklerinin var olabileceği düşüncesini benimsemişti.¹¹⁶ 1924 Anayasasında yer alan bu tür haklara örnek olarak kişi dokunulmazlığı ve kişi güvenliği, eşitlik ilkesi, işkence ve eziyet yasağı, mülkiyet hakkı, din hürriyeti, konut dokunulmazlığı, sözleşme hürriyeti, toplanma hürriyeti, dernek ve şirket kurma hakkı, haberleşmenin gizliliği, seçme, seçilme hakkı ve vatandaşlık hakkı gibi bireysel ve siyasal hak ve hürriyetler verilebilir.¹¹⁷ Bunun yanında, 1934 yılında yapılan anayasa değişikliğiyle, kadınlara seçme ve seçilme hakkı tanınmıştır.¹¹⁸ Kadınlara seçme hakkı tanıyan Anayasa değişikliği siyasi hak ve özgürlüklerin alanını genişleten ve eşitlik ilkesine uygun bir düzenleme olduğu için, sadece demokrasi için değil hukuk devleti bakımından da daha ileri bir noktayı temsil etmektedir. 1924 Anayasası’nda sosyal ve ekonomik hak ve ödevler alanında ise herhangi bir düzenleme yer almamış, Anayasa sosyal devlet anlayışına uzak kalmıştır.

1924 Anayasası’nda temel hak ve özgürlüklerin korunmasına yönelik teknik ve kurumsal güvenceler yer almamıştır. Yasama organı çıkarmış olduğu yasalarla, temel hak ve özgürlüklerin kapsamını hiçbir sınırlamaya tabi olmadan çizebilmekteydi. Özgürlüklerin sınırlandırılmasında uyulması gereken üstün ilkeler veya gözetilmesi gereken teknik ölçütler yoktu. Bir anayasa yargısının da öngörülmemiş olması temel hak ve özgürlüklere yasama

¹¹⁵ Tunç, s. 34.

¹¹⁶ Gören, 1999, s. 41.

¹¹⁷ Atar, 2000, s. 23.

¹¹⁸ Gözübüyük, 2003, s. 127. Ancak kadınların siyasal yaşama katılması bu 1934 değişikliğinden önce, 1930’da kadınlara belediye; 1933’te ise muhtarlık seçimlerine katılma hakkı verilerek Anayasa dışında sağlanmıştı.

organı tarafından aşırı müdahaleler yapılmasını mümkün hale getiriyordu.¹¹⁹ Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerin 1924 Anayasası'nda tam anlamıyla güvence altında olduğunu ve bu Anayasa'da hukuk devleti ilkesinin temel hak ve özgürlüklerin koruma altında olması gereğinin eksiksiz şekilde sağladığından söz edemeyiz.

1924 Anayasası yargının bağımsızlığı ilkesini öngörmüştü. Buna göre “*Yargı hakkı, millet adına usul ve yasaya göre bağımsız mahkemeler tarafından kullanılır*” ve “*yargıçlar bütün davaların görülmesinde ve hükmün verilmesinde bağımsızdırlar ve bu işlerine hiçbir türlü karışılmaz*” hükümleri mahkemelerin bağımsızlığı ilkesini sağlamaya yönelikti.¹²⁰ Ancak Anayasa'da hakimlerin azledilemeyeceğinin belirtilmesine rağmen; kanunla düzenlenen hallerin bundan ayrı tutulması ve hakimlerin hukuki statülerinin ve özlük haklarının kanunla düzenlenecek olması yargıçlık güvencesinin eksiksiz olarak sağlanmadığını gösteriyordu. Bu şekilde yasama organının hukuki olmayan gerekçelerle yargıya müdahalesi mümkün hale geliyordu.¹²¹ 1924 Anayasası, yargı alanında kapsamlı bir yargı yolu güvencesi ve genel bir savunma hakkı da tanımamıştır.¹²² Ayrıca hakim ve savcıların özlük işlerini düzenleyen bir kurulun olmaması ve Anayasa'da doğal yargıç ilkesinin düzenlenmemiş olması, hukuk devletinin gerektirdiği bağımsız ve etkin bir yargı denetimine engel oluşturmaktaydı.¹²³

1924 Anayasası'nda bir anayasa yargısı öngörülmemiş, Anayasaya uygunluk denetiminin TBMM'nin kendi öz denetimi ile yapılacağı düzenlenmişti. TBMM'nin bu yetkiyi kendi eline almasının kuvvetler birliği anlayışı ve meclis hükümeti sisteminden kaynaklandığı ifade edilmiştir.¹²⁴ Yine 1924 Anayasası'nda kanunlardan başka tüzüklerin kanunlara aykırılığını denetlemek görevi, bir yargı organı olan Şurayı Devlet'e (Danıştay) değil, TBMM'ye verilmişti.¹²⁵ Bir hukuk devletinde yargı organlarının görev alanına giren yasaları yorumlama ve tüzüklerin yargısal denetimi yetkilerinin 1924 Anayasası'na göre yasama organına ait olması, bu Anayasa'nın hukuk devleti ilkesine aykırı bir başka yönünü oluşturmaktaydı.

1924 Anayasası'nın geçerli olduğu dönemde 1945 yılına kadar ülkemizde siyasi yaşam tek partili olmuştur. 1945'ten sonra ise Anayasa çok partili bir düzene çerçeve edecektir. 1945'e kadar tek partili düzende rahatça işleyen Anayasa, bundan sonra ağır bir yük altına girmiştir. Çok partili dönemin en belirgin özelliği iktidar muhalefet arasındaki ilişkilerin bir

¹¹⁹ Erdoğan, 2007, s. 148.

¹²⁰ Gören, 1999, s. 39-40.

¹²¹ Erdoğan, 2007, s. 147.

¹²² Gören, 1999, s. 40.

¹²³ Gözler, 2000, s. 37.

¹²⁴ Tanör, s. 300.

¹²⁵ Gözler, 2000, s. 37.

türlü kararlılığa kavuşamaması ve parlamenter düzenin gereklerine uygun bir çalışma mekanizmasının kurulamamış olmasıdır. Bu dönemde büyük bir Meclis çoğunluğuna sahip iktidarlar, kendi çoğunluğunun iradesini, milli irade ile özdeşleştirmiş ve aslında milli iradenin bir parçası olan muhalefete üvey evlat muamelesi yapmışlardır.¹²⁶ Bu dönemde iktidarda bulunan güçler çoğunlukçu, yani azınlığın ve muhalefetin haklarını kabul etmeyen bir demokrasi anlayışına sahipti. Muhalefet üzerinde bireysel temel hak ve özgürlüklerle uyumlu olmayan ve hukuk devleti ilkesinin özüne ayıkırı baskılar söz konusuydu.¹²⁷

1924 Anayasasında çok partili döneme geçildikten sonra iktidarın milli irade kavramını muhalefete karşı bir baskı aracı olarak kullanmasına karşı, muhalefet ise tepki olarak Anayasa'nın değiştirilmesini önermiştir. Muhalefet özetle iktidar gücünün sınırlanması, temel hak ve özgürlüklerin güvenceli biçimde Anayasa'da yer alması, yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesinin sağlanması, Yüksek Hakimlik Şurası ile Anayasa Mahkemesi'nin kurulması ve hukuk devletinin hayata geçirilmesi gibi talepler ileri sürmüştür. Bu talepler o dönemde gerçekleşmemiş olsa da, 1961 Anayasası'nı etkilemiş¹²⁸, daha sonra bu Anayasa'da yer alarak hukuk devletinin ülkemizde gelişimine önemli katkısı olmuştur.

1.2.2. 1961 Anayasası Dönemi

1.2.2.1. 27 Mayıs 1960 Askeri Müdahalesi

27 Mayıs askeri müdahalesi dönemin iktidar partisi olan Demokrat Parti'nin özellikle 1957 seçimlerinden sonra parlamentodaki ve basındaki eleştirileri hoş karşılamaması, “*meclis üstünlüğü*” ilkesine dayanarak sert önlemler alması sonucunda, ülkenin rejim değişikliğine doğru gitmesi gerekçe gösterilerek gerçekleştirilmiştir. Bu önlemlerin en sonucusu ve bardağı taşıranı ise muhalefetin ve bir kısım basının faaliyetleri hakkında tahkikat icra etmek üzere Meclis kararıyla mahkemelere ait olan yetkilerle donatılmış, temel hak ve özgürlükleri kısıtlama yetkisine sahip bir “*Tahkikat Komisyonu*” kurulması olmuştur.¹²⁹ Meclis çoğunluğunun bu şekilde baskı aracı olarak kullanılmasına, karşıt düşüncelerin cezalar ağırlaştırılarak ve özgürlükler kısıtlanarak önlenmek istenmesine karşı duyulan tepki ve

¹²⁶ Tanilli, Server, *Devlet ve Demokrasi Anayasa Hukukuna Giriş*, Adam Y., İstanbul 2000, s. 143-144.

¹²⁷ Akşin, s. 243.

¹²⁸ Tanör, s. 358.

¹²⁹ Soysal, s. 44.

huzursuzluklar üzerine 27 Mayıs askeri müdahalesi olmuştur. Akabinde TBMM kapatılmış, Cumhurbaşkanı, Başbakan, bakanlar ve iktidar partisi milletvekilleri tutuklanmıştır.¹³⁰

27 Mayıs müdahalesini yapanlar, 12 Haziran 1960 günü 1 sayılı Kanunu çıkarmışlardır. Bu Kanun geçiş dönemini düzenleyen bir geçici anayasa niteliğindedir. Söz konusu kanunla, Orgeneral Cemal Gürsel ve 37 subaydan oluşan ve TBMM'nin yetkilerine sahip bir "*Milli Birlik Komitesi*" (MBK) kuruluyordu.¹³¹ MBK'nin görüşmeleri kapalı oturum biçiminde yapılacak ve tutanaklar yayımlanmayacaktı.¹³² MBK'nin halkın oylarıyla seçilen temsili bir organ olmaması ve dolayısıyla yasa niteliğinde olmayan kararlarla temel hak ve özgürlüklere sınırlamalar getirilebilmesi, hukuk devletinin öngördüğü temel hak ve özgürlükler düzenine aykırıdır. Bir hukuk devletinde temel hak ve özgürlükler milletin temsilcisi olan yasama organı tarafından ve ancak yasa ile sınırlanabilir. Dolayısıyla MBK'nin yasama yetkisini kullanarak, temel hak ve özgürlüklere sınırlamalar getirebilmesi, hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil etmekteydi.

MBK yeni anayasa çalışmalarının kendisinin de içinde bulunduğu bir kurucu meclis tarafından yürütülmesini kararlaştırmış; bu amaçla 13 Aralık 1960 tarihinde kabul ettiği yasa ile bir "*Kurucu Meclis*" oluşturmuştur. Bu şekilde yasama yetkisinin sahibi haline gelen Kurucu Meclis, MBK ile Temsilciler Meclisi'nden oluşmaktaydı. MBK'nin yetkileri Temsilciler Meclisi'ne göre daha geniş tutulmuşsa da, Anayasa ve seçim yasalarının hazırlanmasında ikincisinin yetkisi daha geniş tutulmuştur.¹³³ Kurucu Meclisin kurulmasını öngören 13 Aralık tarihli bu Kanunun 1'inci maddesinde 27 Mayıs müdahalesinin amacı da belirtilmiştir. Bu amaç "*...demokrasiyi ve hukuk devletini gerçekleştirecek ve güvenceleyecek bir anayasasını hazırlanması*" şeklindedir.¹³⁴ Hukuk devletini askıya alan bir müdahalenin, hukuk devletini hayata geçirmede ne kadar başarılı olabileceği ise tartışılacak bir konudur.

27 Mayıs döneminde 1950-1960 arası döneminin, Cumhurbaşkanı, Başbakan, bakanlarını ve Demokrat Parti milletvekillerini yargılamak için bir "*Yüksek Adalet Divanı*" oluşturulmuştu. Bu kurulun üyeleri suç sayılan olaylardan sonra askeri müdahaleyi yapanlar tarafından seçilmişlerdi. Suç işlendiği iddia edilen olaylar zamanında böyle bir mahkeme mevcut değildi. Dolayısıyla bu kurulun oluşumu doğal yargıç ilkesine aykırıdır ve Divan, olağanüstü bir mahkeme niteliğindedir.¹³⁵ Yine bu Mahkemenin kanunların geriye

¹³⁰ Gözübüyük, 2003, s. 132.

¹³¹ Gözler, 2000, s. 40.

¹³² Gözübüyük, 2003, s. 132.

¹³³ Gözübüyük, 2003, s. 133.

¹³⁴ Gören, 1999, s. 45.

¹³⁵ Gözler, 2000, s. 40.

yürümezliği ilkesine aykırı olarak yargılama yaptığı ifade edilmiştir.¹³⁶ Mahkeme üyelerinin MBK tarafından belirlenmesi ise mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkelerine aykırılık oluşturmaktadır. Mahkeme üyelerinin kendilerini seçen kişilerden bağımsız olarak yargılama yapabilmesi, üstelik bir de askeri darbe döneminde çok mümkün gözükmemektedir. Bu nedenlerle 1960 askeri darbesinden sonra kurulan bu Mahkemenin, hukuk devletinin yargıya ilişkin gereklerini karşılamadığı sonucu çıkmaktadır.

27 Mayıs dönemi askeri bir darbenin sonucu olması nedeniyle bireysel hak ve özgürlüklere, normal dönemlere göre önemli sınırlamalar getirilmiştir. Bu dönemde 1950-1960 arası dönemin iktidar partisi olan Demokrat Parti kapatılmıştır. Siyasi partilerin faaliyetleri belli bir süre için yasaklanmış; ayrıca Kurucu Meclis tarafından hazırlanan ve halkoylamasına sunulan anayasa tasarısı hakkında “hayır” kampanyası, fiili durum pek elverişli olmadığı için muhalefet tarafından imalı yollarla gerçekleştirilmiştir.¹³⁷

Olağanüstü dönemlerin sona ermesiyle ortaya çıkan sorunlardan birisi de o dönemdeki işlemlerin ve sorumlu kişilerin hukuksal durumudur. Söz konusu işlemler ve kişilerin hukuksal durumunu daha sonra geçilecek yeni anayasal düzende korumak amacıyla geçmişe dönük sorumluluklar kapalı tutulur. Bunun gibi 27 Mayıs döneminde alınan kararlar ve bu kararları alan ve uygulayan kişilerin cezai, mali, hukuki sorumluluklarının ileri sürülmeyeceği yönünde düzenlemeler söz konusu olmuştur.¹³⁸ Böylece ilgili işlemler ve kişiler için yargı yolu kapatılmıştır. Hukuk devletinin olmazsa olmaz koşulu olan, yönetimin her türlü eylem ve işleminin yargısal denetime açık olması ve ilgili kişiler hakkındaki cezai, hukuki ve mali sorumluluklarının işleminin gerçekleşmemiş olması, 27 Mayıs döneminin hukuk devleti açısından taşıdığı bir başka sakıncadır.

MBK, 1950-1960 arasındaki iktidar muhalefet sorunlarının tekrar yaşanmaması için, yönetimde olduğu süreçte, yeni bir anayasa yapma çalışmalarını sürdürmüştür. Bu çalışmalar sonucunda Kurucu Meclis tarafından hazırlanan anayasa tasarısı 9 Temmuz 1961 tarihinde halkoyuna sunulmuş ve halkın yüzde 61,7’si tarafından kabul edilmiştir. Bundan sonra Resmi Gazete’de, 9 Temmuz 1962 Tarih ve 334 sayılı “*Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*” adıyla yayınlanmış ve hemen yürürlüğe girmiştir.¹³⁹ 15 Ekim 1961 de yapılan genel seçimler sonucunda oluşan XII. Dönem TBMM’nin, 25 Ekim 1961 günü toplanması ile geçiş dönemi son bulmuş ve yeni anayasal düzene geçilmiş oldu.¹⁴⁰

¹³⁶ Erdoğan, 2007, s. 152.

¹³⁷ Erdoğan, 2007, s. 151.

¹³⁸ Soysal, s. 108-109.

¹³⁹ Yılmaz, s. 151.

¹⁴⁰ Tanör, s. 376.

1.2.2.2. 1961 Anayasası'nda Hukuk Devleti Vurgusu ve Düzenlemeleri

1961 Anayasası 9 Temmuz 1961 tarihinde yapılan halkoylaması sonucunda, halkoylamasına katılanların yaklaşık yüzde 61'inin evet oyu vermesi sonucunda kabul edilmiştir.¹⁴¹ 1961 Anayasası 157 maddeden ve “Başlangıç Bölümü” dışında 6 kısımdan oluşmaktaydı. Birinci kısımda “genel esaslar”, ikinci kısımda “Temel Haklar ve Ödevler”, üçüncü kısımda “Cumhuriyet'in temel kuruluşuna ilişkin kurallar”, dördüncü kısımda “Devrim yasalarının korunması ve Diyanet Başkanlığı ile ilgili kurallar”, beşinci kısımda “Geçici Hükümler”, altıncı kısımda “Son Hükümler” başlığı yer almaktaydı.¹⁴²

1961 Anayasası'nın “Cumhuriyet'in Nitelikleri” başlıklı ikinci maddesinde, Türkiye Cumhuriyetinin nitelikleri arasında “hukuk devleti” ilkesi yer almıştır.¹⁴³ Böylelikle Türk Anayasalarında ilk kez 1961 Anayasası, hukuk devletinden açıkça bahsetmiş ve bu kavramı devletin niteliklerinden birisi haline getirmiştir. Artık yasama organının çıkaracağı bütün kanunlar, anayasanın üstünlüğü ilkesi gereği hukuk devleti ilkesine uygun olacak ve böylelikle hukuk devleti ilkesi anayasal bir korumaya sahip olacaktı. Hukuk devletinin yasama organı tarafından çıkarılan yasalar ve yasalara bağlı olarak çıkarılan diğer yönetsel işlemlere için bir ilke olması, onun hukuki açıdan kurumsallaşmasında ve toplumsal yaşama aktarılmasında önemli işlevler görebilecektir. Yine yargı organlarıyla, yürütme ve idare organlarının gözetmesi gereken bağımsız bir ölçüt olarak hukuk devletinin Anayasa'da yer alması, hukuk devleti için daha etkin koruma sağlayabilecektir.

1961 Anayasası 1921 ve 1924 Anayasalarında olduğu gibi egemenliğin ulusa ait olduğunu söylüyordu; ancak diğerlerinden bir noktada ayrılıyordu. Anayasa'ya göre artık ulus egemenliği Anayasanın koyduğu kurallara göre yetkili organlar eliyle kullanacaktı. Her ne kadar Meclis genel seçimden çıkmış olduğu için bir ağırlığa sahip olsa da¹⁴⁴, yürütme ve yargı organları egemenliği kullanan organlar olarak hukuken Meclise eşdeğer bir niteliğe geliyordu. 1961 Anayasası'nın Meclisi egemenliği kullanan tek organ olmaktan çıkarıp organlardan biri konumuna getirmesi, bu Anayasa'nın 1960 öncesi yaşanan özgürlük ve demokrasi dar boğazlarına karşı bir “tepki anayasası” olmasından kaynaklanmıştır.¹⁴⁵

¹⁴¹ Giritli; Sarmaşık, s. 212.

¹⁴² Gören, 1999, s. 46.

¹⁴³ Parla, Taha, *Türkiye'de Anayasalar*, İletişim Y., İstanbul 2002, s. 40-41.

¹⁴⁴ Eroğul, s. 289.

¹⁴⁵ Giritli; Sarmaşık, s. 186.

1961 Anayasası tam bir parlamenter hükümet sistemi getirmekle birlikte, yine de yürütmeyi yasamanın bir türevi olmaktan kurtarmamıştı. 1961 Anayasası, 1924 Anayasası'na göre güçler birliği ilkesinden biraz daha ayrılmış, parti disiplini ile çalışan güçler ayrılığı ilkesini benimsemişti. Parti disiplinine dayanan parlamenter sistemde güçler ayrılığı yasama ve yürütmeye karşı yargının bağımsızlığı ve etkili bir denetim biçiminde gerçekleşmiştir. 1961 Anayasası kuvvetler ayrılığı ilkesini ve parlamenter hükümet sistemini kabul ederek, hukuk devleti ilkesiyle daha uyumlu bir sistemi benimsemişti. Yasama ile yürütme arasındaki ayırım ise daha çok görev ayırımıdır. 1961 Anayasası Millet Meclisi'nin yanında Cumhuriyet Senatosu'nu da kabul ederek çift meclisli bir yasama organı öngörmüştür. 1960 öncesi dönemde ezici iktidar çoğunluklarının, muhalefetin haklarını ihlal etmesine bir tepki olarak ve iktidar muhalefet ilişkilerinde denge sağlama ve azınlık haklarının çoğunluk tarafından ihlal edilmemesi amacıyla yönelik olarak böyle bir düzenlemeye gidilmişti.¹⁴⁶

1961 Anayasası 2'nci maddesinde, hukuk devleti gibi "*insan haklarına dayanan devleti*" de devletin nitelikleri arasında saymıştır. İnsan haklarına dayanan devlet, insan hakları idealine yönelen ve bu hakları kendi varlığının temel nedeni sayan devlettir. İnsan hak ve ödevleri ile ilgili düzenlemelerde insan onuruna ve kişi özgürlüğüne öncelik tanıyan; özgürlüğün asıl, sınırlamanın ise istisna olduğu anlayışını kabul eden devlet demektir.¹⁴⁷ İnsan haklarının bağımsız bir ölçüt olarak 1961 Anayasası'nda devletin temel niteliklerinden birisi olmasının, hukuk düzenindeki bütün düzenlemelerin insan hakları kavramı çerçevesinde şekillenmesini ve bu kavramın hukukun bütün alanlarında içerik olarak bulunmasını sağlayacaktır.¹⁴⁸ İnsan haklarının, devletin niteliklerinden biri olarak Anayasa'da yer alması, hukuk devletinin bir gereğini devletin nitelikleri arasında sayarak, hukuk devleti anlayışını pekiştiren bir düzenleme olmuştur.

1961 Anayasası, kişiyi devlet gücüne karşı koruyan klasik haklarla ilgili çok ayrıntılı ve güvenceli düzenlemeler yaparak, kişiyi devlet gücü karşısında koruyan dokunulmaz bir alan yaratmıştı. Bu bağlamda özel yaşamın gizliliği, haberleşme özgürlüğü, seyahat ve yerleşme özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşleri, dernek kurma vb. özgürlükler Anayasa'da ayrıntılı olarak düzenlenmişti.¹⁴⁹ Bu Anayasa'da ilk kez gözetli süresine anayasal bir sınır getirilmiş, gazetelerin toplatılması hakim kararına bağlı tutulmuş, düşünce özgürlüğü güvencelere bağlanmıştır.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Gözübüyük, 1999, s. 139.

¹⁴⁷ Soysal, s. 55-56.

¹⁴⁸ Sancar, s. 139-140.

¹⁴⁹ Soysal, s. 67-68.

¹⁵⁰ Eroğul, s. 290.

1961 Anayasası devlete, bireylere karşı olumlu edimlerde bulunma yükümü getiren sosyal ve ekonomik hakları sistemli bir şekilde düzenleyen ilk Türk Anayasası olmuştur. Bu kapsamda asgari ücret, sağlık, eğitim, sosyal güvenlik hakları gibi haklar Anayasa’da yer almıştır.¹⁵¹ Anayasası’nın 10’uncu maddesinin ikinci fıkrası da bu doğrultuda bir hüküm içermektedir. Söz konusu hüküm şu şekildedir: “Devlet kişinin temel hak ve hürriyetlerini fert huzuru, sosyal adalet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasi, iktisadi ve sosyal bütün engelleri kaldırır; insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar.” Bu hükümlerle devletin bireyin özgürlüklerine dokunmaması gerektiğini öngören klasik haklardan farklı olarak, devletin sosyal ve ekonomik içerikli çeşitli müdahalelerde bulunarak bireyin özgürlük alanını genişletmesi (özgürleştirme) düşüncesi Anayasa’ya girmektedir. Böylece sosyal devletin gereği olarak, toplumun çeşitli katmanları arasında sosyal adalet yaygınlaştırılacaktır.¹⁵² Özgürlükler alanına getirmiş olduğu bu yeni yaklaşımla 1961 Anayasası’nın hukuk devletinin gelişiminde bir çığır açtığı söylenebilir.

1961 Anayasası’nın 11’inci maddesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında uyulacak esasları belirlemiştir. 11’inci madde şu şekildeydi: “Temel hak ve hürriyetler, anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabilir. Kanun kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik gibi sebeplerden de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz.” Bu maddeye göre sınırlamalar Anayasa’nın sözüne ve ruhuna uygun olmalı, Anayasa’nın öngördüğü sebeplere dayanmalı, kanunla yapılmalı ve hakkın ve özgürlüğün özüne dokunmamalıdır.¹⁵³

1961 Anayasası temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması konusunda meclis iradesini de kısıtlayan hukuki güvenceler getirmiştir. 1961 Anayasası, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması konusunda, 1924 Anayasası’ndan farklı olarak, “basit yasa kaydını” yeterli görmemiştir. Buna göre özgürlüklerin düzenlendiği maddelerin hemen hepsinde, bu özgürlükleri düzenleyecek olan yasaların, ne gibi durumlarda ve hangi amaçlarla hak ve özgürlükleri sınırlanabileceği belirtilmiş, hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında “nitelikli yasa kaydı” gerekli görülmüştür.¹⁵⁴ Anayasa’ya göre hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında bir ölçüt olarak kabul edilen “öz” kavramı ise hak ve özgürlüklerin hiçbir şekilde dokunulamayacak bir çekirdeği olması anlamını taşır. Bu çekirdeğin ne olduğunu belirlemek

¹⁵¹ Eroğul, s. 291.

¹⁵² Tanör, s. 379.

¹⁵³ Tanör, s. 382-383.

¹⁵⁴ Gören, 1999, s. 62.

görevi ise, önüne gelen her somut olaya özgü olarak, yine bir 1961 Anayasası yeniliği olan Anayasa Mahkemesi'ne aittir.¹⁵⁵

1961 Anayasası'nın, Cumhuriyetin Temel Kuruluşu ile ilgili olan III. Kısımın 3'üncü Bölümü "*Yargı*" başlığını taşımaktaydı. Anayasa, yargının gerçek anlamda bir güç olması ve yasama ve yürütme organı üzerinde tam bir denetim sağlamasına yönelik düzenlemeler getirmiştir. Bu amaçla Anayasa'nın yargıyı ayrı bir kuvvet olarak ve millete ait egemenliği doğrudan kullanan bir organ haline getirmesi yargının bağımsızlığını ve hukuk devletini gerçekleştirme yönünde önemli bir adımdır.¹⁵⁶ Yine yargı konusunda Anayasa'da yargıç bağımsızlığı ve yargıç güvencesi düzenlenmiş, hakimler hakkında karar vermek üzere Yüksek Hakimler Kurulu adında bağımsız bir kurul oluşturularak yargının bağımsızlığı ilkesi tamamlanmak istenmiştir.¹⁵⁷ 1961 Anayasası'nın en geniş güvence ve yaptırımları yargısal alana ilişkin olmuştur. Anayasa hak arama özgürlüğü, tabii yargı yolu, cezaların yasallığı ve kişiselliği, ispat hakkı gibi herkes için koruma sağlayan güvenceler getirmiştir. Bunun dışında hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak, devletin bütün eylem ve işlemlerinin yargı denetimine bağlanması 1961 Anayasası'nın önemli bir özelliğidir. İdari yargı, seçim yargısı ve anayasa yargısı başta olmak üzere, bütün devlet faaliyetlerinin yargı denetimine tabi olması bu Anayasa ile sağlanmıştı.¹⁵⁸

Devletin bütün faaliyetlerini yargı denetimine tabi tutan Anayasa, yasaların Anayasa'ya uygunluğunu da bu kuraldan ayırık tutmamıştır. Böylelikle, Türk Anayasa tarihinde ilk kez anayasa yargısı 1961 Anayasası ile hukukumuzda girmiş ve bir Anayasa Mahkemesi kurulmuştur. Anayasa Mahkemesinin görevi, yasaların ve TBMM içtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetlemek olarak belirlenmişti. Anayasa yargısının işleyebilmesi için, belli kişi ve kuruluşların Anayasa Mahkemesi'ne doğrudan doğruya iptal davası açmaları ya da uygulanacak bir yasa hükmü dolayısıyla başka bir mahkemede ileri sürülen Anayasa'ya aykırılık iddiasının yerel mahkemece ciddi bulunması gerekirdi.¹⁵⁹ Meclisin üstünlüğü anlayışını çok katı bir şekilde benimseyen 1921 ve 1924 Anayasalarından sonra, yasaların Anayasa'ya uygunluğunu denetleyecek bir Anayasa Mahkemesi'nin kurulması, ülkemiz açısından devrim niteliğinde ve hukuk devletinin gelişimini çok daha ileri noktalara taşıyabilecek bir değişiklik olmuştur.

¹⁵⁵ Eroğul, s. 290.

¹⁵⁶ Gören, 1999, s. 60.

¹⁵⁷ Erdoğan, 2007, s. 159.

¹⁵⁸ Tanör, s. 403-404.

¹⁵⁹ Soysal, s. 67.

1961 Anayasası hukuk devletinin bir gereği olarak, kanunları uygulayacak idari kuruluşların da hukuka bağlılığını sağlayacak düzenlemeler öngörmüştür. Bu amaçla Anayasa yürütme görevinin kanunlar çerçevesinde yerine getirileceğini belirtiyor ve Anayasa hükümlerinin yürütme organı ile idare makamlarını da bağlayacağını öngörüyordu. İdarenin bütün eylem ve kararlarının yargı denetimine tabi olduğunu ve ilgili yargısal mekanizmayı da kurarak hukuk devletinin gereğini yerine getirmiş oluyordu.¹⁶⁰ Bu doğrultuda idari işlem niteliğinde olan tüzüklerin TBMM tarafından denetlenmesini öngören 1924 Anayasasındaki hükme, 1961 Anayasası'nın sisteminde yer verilmesi zaten düşünülemezdi.

1961 Anayasası hukuk devletinin gereklerinin sadece biçimsel olarak sağlanmasıyla ilgilenmemiş, hukuk devletinde bireylere uygulanan hukukun içeriği ile de ilgilenmiştir. Hukuk devletinde uygulanan hukuk kötü, eşitliğe aykırı veya haksız ise, hukuk devletinin vatandaşlara bir güvence teşkil ettiğini söylemek mümkün olmayacaktır. Bu nedenle 1961 Anayasası vatandaşlara uygulanan hukuk kurallarının Anayasa'nın diğer ilke ve kurallarıyla -özellikle sosyal devlet ve demokratik devlet- birlikte bütüncül olarak ele alınması ve değerlendirilmesi gerektiğini öngörmüştü. Anayasa'nın başlangıcında "*demokratik hukuk devletinin bütün hukuki ve sosyal temeliyle kurulmasından*" söz ederken de, bu amacın gerçekleştirilmek istendiği ileri sürülmüştür.¹⁶¹ Anayasa'nın bu özelliği özellikle bünyesinde yer vermiş olduğu sosyal hakların ve bireyleri özgürleştirme görevinin de bir gereğidir.

1961 Anayasası hukuk devleti açısından, öncüsü olan 1924 Anayasası'na göre çok ileri düzeyde görülebilir. Gerçekten temel hak ve özgürlükler konusunda ayrıntılı ve güvenceli bir sisteme sahip olması, sosyal ve ekonomik haklara yer vermesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında ölçütler getirmesi, yürütme ve idare organının bütün işlemlerini hukukla sınırlaması, genel olarak bütün devlet işlemlerini yargı denetimine tabi tutması, getirmiş olduğu yargısal güvenceler ve hukukumuza katmış olduğu Anayasa Mahkemesi ile 1961 Anayasası hukuk devleti açısından ülkemizde devrim niteliğinde düzenlemeler getirmiştir. Ancak hiçbir zaman hukuki düzenlemelerin gerçek yaşamla tam olarak uyum içinde olması beklenemez. 1961 Anayasası döneminde de Anayasa'da hukuk devleti ile ilgili yer alan düzenlemelerin, gerçek yaşam ile arasındaki farkın çok fazla olduğu söylenebilir. Bu durumun en somut belirtisi olarak ise 1961 Anayasası'nın kabul edilışinden yaklaşık 10 yıl sonra gerçekleşen 12 Mart askeri muhtırası gösterilebilir. Zira Anayasa'da yer alan hukuk devletine ait mekanizmaların ve özellikle temel hak ve özgürlüklerin yeteri derecede kullanılabilmesi, bu tür hukuk dışı müdahalelerin yapılmasının da önüne geçebilecektir.

¹⁶⁰ Tanilli, s. 158.

¹⁶¹ Soysal, s. 59.

1.2.2.3. 12 Mart 1971 Askeri Muhtırasının Anayasal Düzene ve Hukuk Devletine Etkisi

Türkiye’de 1970’li yıllarda işçi ve öğrenci eylemleri artmıştı. Bu dönemde öğrenciler tarafından gerçekleştirilen banka soygunları, başka devletlerin görevlilerine yönelik eylemler ve üniversite olayları gerilimlerin iyice artmasına neden olmuştu.¹⁶² 1970’li yılların başındaki bu karışıklık ortamı 12 Mart 1971 tarihinde dönemin Genelkurmay Başkanı ve kuvvet komutanları tarafından Başbakan Süleyman Demirel’e bir muhtıra verilmesiyle sonuçlandı. Bunun akabinde Demirel istifa etti ve Nihat Erim Başkanlığında partiler üstü bir hükümet kuruldu. 14 Ekim 1973 tarihine kadar süren 12 Mart rejimi, askerlerin yönetimi perde arkasından idare etmeyi seçtikleri, bir yarım darbe olarak nitelendirilmiştir.¹⁶³

1970’li yıllarda ülkede artan şiddet olaylarının sebebi olarak, 1961 Anayasası gösteriliyordu. Bu nedenle 1961 Anayasası’nın değiştirilmesine dönük çeşitli eleştiriler 12 Mart öncesinde ve sırasında dile getirilmiştir. Bu eleştiriler özetle şöyledir: Anayasa’nın özgürlükler düzeni toplumun gereksinmelerine uygun değildir, özgürlükler düzeni kötüye kullanılmaya elverişlidir. İki meclisli sistem yasama faaliyetini olumsuz etkilemekte, yürütme güçsüz bırakılmakta ve toplumun ihtiyaçlarını karşılanamamaktadır. Ayrıca yargı organları ve özerk kuruluşların statüsü de, bu eleştirilerden nasibini almıştı. 1961 Anayasası bu eleştiriler doğrultusunda 12 Mart ara döneminde çeşitli defalar değişikliğe uğramıştır.¹⁶⁴ Bu dönemde gerçekleştirilen Anayasa değişiklikleriyle yürütme güçlendirilmiş, temel hak ve özgürlükler ise sınırlandırılmıştı.

12 Mart döneminde temel hak ve özgürlükler alanında yapılan değişiklikler, Anayasa’nın özgürlükler düzenini alt-üst edecek niteliktedir. Artık özgürlükler düzeninin temel ilkesi olan “*serbestlik*”, “*sınırlılık*” olarak değişmekteydi. Bu anlayış farkını en iyi yansıtan değişiklik ise, Anayasa’nın 11’inci maddesinin başlığının “*Temel hakların özü*” biçiminden, “*Temel hak ve hürriyetlerin özü, sınırlanması ve kötüye kullanılmaması*” olarak değiştirilmesi olmuştur.¹⁶⁵ Bu dönemde ayrıca, Anayasa’da yer alan özgürlükler düzeninde temel bir değişiklik de olmuştur. Artık bütün özgürlüklere uygulanabilecek genel nitelikte bir sınırlama nedeni vardır. Buna göre temel hak ve özgürlükler, “*Devletin ülkesi ve milleti ile bütünlüğünün, Cumhuriyetin, milli güvenliğinin, kamu düzeninin, kamu yararının, genel ahlakın*

¹⁶² Akşin, s. 248.

¹⁶³ Gözler, 2000, s. 45-46.

¹⁶⁴ Gözübüyük, 2003, s. 140.

¹⁶⁵ Soysal, s. 77.

ve genel sağlığın korunması” amaçları ile sınırlanabilecektir. Yine Anayasa’da dzenlenen temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağı da bu dönemde yapılan değişikliklerle Anayasa’ya girmiştir.¹⁶⁶ Ancak hakkın kötüye kullanılmaması ilkesinin hukukun genel ilkelerinden birisi olduğu ve hakkın kötüye kullanılmasının zaten korunmayacağı gerekçesiyle, bu hükmün Anayasa’ya konmasının herhangi bir hukuki sonuç doğurmayacağı ve gereksiz olduğu da ifade edilmiştir.¹⁶⁷

12 Mart döneminde 1961 Anayasası’nın, özgürlükler dzenine getirilen genel kısıtlama nedenlerinin yanı sıra, bazı özel nitelikte kısıtlamalar da getirilmiştir. Anayasa’da yapılan değişiklikler ile artık, hakim kararı olmadan belli hallerde gazeteler toplatılabilecektir. Yine tutuklanan veya yakalanan kişinin en yakın mahkemeye gönderilme süresi 24 saatten 48 saate, toplu suçlarda ise 15 güne çıkarılmıştır. Kamu hizmetlileri sendikalarının faaliyetlerine son verilmiş ve memurların sendikalara ye olma hakkı kaldırılmıştır. Dernek ve sendika kurma hakları kısıtlamalar getirilebilecek ve belli durumlarda dernekler hakim kararına kadar faaliyetten alıkonabilecektir.¹⁶⁸ Anayasa’nın özel hayatın gizliliğini dzenleyen maddesine “*milli güvenlik*” tabiri eklenerek, özel hayatın gizliliği milli güvenlik gerekçesi ile de sınırlanabilecektir.¹⁶⁹

12 Mart döneminde yargı alanında yapılan değişiklikler ise, Anayasa’nın temel niteliğini değiştirmek için yapılan en önemli girişimler olarak nitelendirilmiştir. Yargı alanında yapılan değişikliklerle, suçun işlenmesinden sonra suça ve sanığa göre mahkeme kurulmasını önleyen doğal yargıç ilkesi kaldırılmış ve yerine kanuni hakim ilkesi getirilmiş, askeri yargıçların güvencelerini zedeleyebilecek bir takım dzenlemeler konulmuş, askeri yargının yetki alanı genişletilmiş, asker kişilerle ilgili yönetsel işlemlerin denetimi Danıştay’dan alınarak Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’ne verilmiş, savcıların özlük işlerinde Adalet Bakanı’nın işlevi daha belirgin hale getirilmiş ve idari yargının yürütmeyi durdurma kararları alması önlenmek istenmiştir.¹⁷⁰ Yine 12 Mart döneminde yapılan değişikliklerle Adalet Bakanı’nın Yüksek Hakimler Kurulu’na katılması ve Adalet Bakanı’na bu Kurul’da oy kullanabilme imkanı sağlanmış; böylelikle yürütme organı, yargıyı etkileme olanağına kavuşmuştur.¹⁷¹ Ayrıca 1973 değişikliği ile birlikte, Devlet Güvenlik Mahkemeleri adında, devletin güvenliğini ilgilendiren suçlara bakmak üzere bir mahkeme kurulmuştur. Bu mahkemelerin yeleri ve

¹⁶⁶ Gözübüyük, 2003, s. 140-141.

¹⁶⁷ Soysal, s. 78.

¹⁶⁸ Gözübüyük, 2003, s. 141.

¹⁶⁹ Parla, s. 49.

¹⁷⁰ Soysal, s. 80.

¹⁷¹ Parla, s. 107-108.

savcıları görünürde Yüksek Hakimler Kurulunca ve Yüksek Savcılar Kurulunca atanacaktı ama; aslında bu atamalar için adayları Bakanlar Kurulu göstermekteydi. Böylece Anayasa'nın yargı bağımsızlığı ilkesine darbe vurulmuş oluyordu.¹⁷² Yargı bağımsızlığının ve yargısal denetiminin etkinliğini azaltmaya yönelik bu değişiklikler hukuk devletinden geri dönüşün de açık birer göstergesiydi.

1961 Anayasası'nda 12 Mart döneminde yapılan değişikliklerle yürütmenin güçlendirilmesi amacıyla da Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararname çıkarma ve vergi, resim ve harçların muafiyet ve istisnaları ile nispet ve hadlerine ilişkin hükümlerde değişiklik yapma yetkileri tanınmış, üniversitelerin özerkliği zayıflatılmış, TRT'nin özerkliği ise kaldırılmıştır. 1961 Anayasası'nda 1971-73 tarihleri arasında yapılan değişikliklerin esas itibariyle Anayasa'nın liberal yönlerini budamaya ve devlet otoritesini güçlendirmeye yönelik olduğu ileri sürülmüştür.¹⁷³ 1961 Anayasası'nda 12 Mart sonrası yapılan Anayasa değişikliklerine bu görüşler ışığında, temel hak ve özgürlüklere ağır sınırlamalar getirdiği, devlet otoritesini özgürlükler aleyhine genişlettiği, yargısal güvencelerin etkisini azalttığı gerekçeleriyle hukuk devletini geri götüren değişiklikler olarak da bakılabilir. Sonuç olarak hukuk devletinin ülkemizdeki gelişim çizgisinde 12 Mart askeri darbesi sonucu yaşanan bu süreç, hukuk devletinin ilke ve gereklerinden uzaklaşıldığı bir dönem olmuştur.

¹⁷² Soysal, s. 80.

¹⁷³ Erdoğan, 2001, s. 104-105.

İkinci Bölüm

1982 ANAYASASI VE HUKUK DEVLETİ

Ülkemizde 1980 askeri darbesi sonucunda yönetimin Türk Silahlı Kuvvetleri eliyle yürütüldüğü ve hukuk devletinin yaklaşık üç yıl süreyle askıya alındığı bir dönem yaşanmıştır. Demokratik yaşama geçilmesinden sonra ise 1982 Anayasası'nın getirmiş olduğu ilke ve kurallarla hukuk devletinin gelişimi açısından, daha önceki dönemlerden farklı bir dönem başlamıştır. Ayrıca bu Anayasa'da çeşitli defalar ve birçok maddesinde yapılan değişiklikler, hukuk devletinin 1982 Anayasası dönemindeki gelişimi açısından ayrı başlık altında incelenmesi gereken ara dönemleri oluşturmaktadır. 1982 Anayasası'nda yapılan bu değişiklikler hukuk devletini doğrudan ya da dolaylı olarak etkileyerek, ilerlemesine veya gerilemesine neden olmuştur. Bu nedenle 1982 Anayasası'nda yapılan değişiklikler hukuk devletini 1982 Anayasası'nın ilk şekline göre önemli ölçüde farklı noktalara taşımıştır.

2.1. 12 Eylül 1980 Askeri Müdahalesinin Türk Anayasal Düzenini Yeniden Kurması

12 Eylül 1980 tarihinde Türk Silahlı Kuvvetleri emir ve komuta zinciri içinde yönetime el koydu. Böylece demokratik yönetim sona ermiş ve bütün ülkede Genelkurmay Başkanı ve kuvvet komutanlarından oluşan Milli Güvenlik Konseyi (MGK) egemen olmuştu.¹⁷⁴ 12 Eylül askeri müdahalesinin yapılmasında 1961 Anayasası'nın toplumun bütün kesimleri tarafından benimsenmemiş olması, şiddet olaylarının yaygınlaşması, uygulanan seçim sistemi, 1961 Anayasası'nda tıkanıklıkları giderici hükümlerin bulunmaması ve yürütmenin güçsüz bırakılması gibi nedenlerin etkili olduğu savunulmuştur.¹⁷⁵ 12 Eylül askeri darbesi sonucu iktidara gelen MGK, 27 Mayıs askeri darbesi sonucu iktidara gelen MBK gibi, genel seçimden çıkmayan ve temsili niteliği olmayan bir organdı. Dolayısıyla MBK'nin hukuk devleti açısından taşıdığı sakıncalar, MGK için de geçerlidir. MGK'nin de yasama yetkisini kullanması ve bu yetki ile vatandaşların temel hak ve özgürlüklerine müdahale etmesi, hiç kuşkusuz hukuk devletinin öngördüğü özgürlükler düzenine aykırıdır.

¹⁷⁴ Erdoğan, 2007, s. 163.

¹⁷⁵ Tunç; Bilir; Yavuz, s. 40-41.

12 Eylül askeri hareketini gerçekleştiren MGK kendisine hukuki bir dayanak sağlamak amacıyla, 27. 10. 1980 tarihinde, “*Anayasa Düzeni Hakkındaki Yasa*”yı yayımlayarak bu müdahaleyi anayasal bir temele oturtmuştu. Bu yasa ile 1961 Anayasası, yine aynı yasada belirtilen istisnalar dışında yürürlükte kalacaktı. Anayasa düzeni hakkında yasaya göre Cumhurbaşkanı’na ait görevler MGK Başkanı tarafından yürütülecek, TBMM’ye ait görevler ise MGK tarafından yerine getirilecekti. Yine bu yasada, hukuk devleti anlayışıyla bağdaşması mümkün olmayan MGK’ce çıkarılan bildiri, karar ve yasalara karşı anayasa yargısı ve yönetsel yargı yolunu kapatan bir hüküm bulunuyordu.¹⁷⁶

MGK 29.06.1981 tarihinde çıkardığı diğer bir yasa ile kendisinin de içinde yer aldığı yasama yetkisine sahip bir “*Kurucu Meclis*” oluşturmuştur. Söz konusu Kurucu Meclisin görevi, ülkeyi içinde bulunduğu durumdan çıkaracak bir anayasa ile gerekli kanunları yapmak olarak belirlenmişti. Kurucu Meclis, MGK ile Danışma Meclisi’nden oluşmaktaydı. Ancak MGK’nin yetkisi, Danışma Meclisi’ne göre çok daha fazladır. Danışma Meclisi’nin işlemleri üzerinde, son ve kesin sözü söyleme yetkisi MGK’ye ait olduğu gibi; dilediği takdirde MGK bu yetkisini tek başına kullanabilmektedir. Danışma Meclisi temsili niteliğe sahip olmayan ve MGK tarafından seçilen 160 üyeden oluşmaktaydı.¹⁷⁷ Ayrıca Anayasa ve kanunları yapmak konusunda, 12 Eylül askeri müdahalesini yapan MGK’nin yetkilerinin, 27 Mayıs müdahalesini yapan MBK’ye göre daha geniş olduğu görülmektedir.

12 Eylül’ün temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzeni ise daha çok 1971 yılında yürürlüğe girmiş olan ve bazı değişikliklere uğrayan, 1402 sayılı Sıkıyönetim Yasasının getirdiği düzenlemelere bağlıdır. Bu Kanundaki yer alan Sıkıyönetim Komutanlıklarının uygulayabileceği gözaltı süreleri MGK kararlarıyla sık sık değiştirilmiş¹⁷⁸, böylece kişi güvenliği ve dokunulmazlığı için güvencesiz bir durum yaratılmıştır. 12 Eylül döneminde temel hak ve özgürlükler alanındaki kısıtlamalar bunlarla da sınırlı kalmamıştır. MGK bütün siyasi faaliyetleri yasaklamış ve siyasi parti liderlerini tutuklatmıştır. Ayrıca parlamento feshedilmiş, siyasi partiler faaliyetten alıkonmuş ve bütün belediye başkanları ile belediye meclis üyeleri görevden alınmıştır. Haziran 1981’de siyasi tartışmalar açıkça yasaklanmış ve siyasi partiler Ekim 1981’de resmen kapatılarak, bunların malvarlıklarına el konmuştur.¹⁷⁹

12 Eylül döneminde ayrıca MGK’nin çıkardığı birçok yasa, karar ve bildirimlerle kişi hakları ile ekonomik ve sosyal haklar bakımından yeni çerçeveler oluşturulmuş; basın,

¹⁷⁶ Gözübüyük, 2003, s. 143.

¹⁷⁷ Gözübüyük, 2003, s. 144.

¹⁷⁸ Soysal, s. 85.

¹⁷⁹ Erdoğan, 2007, s. 163-164.

üniversiteler, siyasal partiler ve sendikalar konusunda yargı denetimi dışında tutulan yeni hükümler getirilmiştir.¹⁸⁰ Ayrıca Anayasa'nın geçici 4'üncü maddesinde, siyasal faaliyetler konusunda on yıl sürebilecek sınırlamalar öngören bir hüküm de yer almıştır.¹⁸¹ Ancak bu sınırlamalar düşünüldüğü gibi uzun sürmemiş; söz konusu geçici madde 1987'de yapılan bir halkoylaması sonucunda kabul edilen bir Anayasa değişikliğiyle yürürlükten kaldırılmıştır.¹⁸²

MGK'nin 15 Eylül 1980 günlü ve 6 sayılı Kararı ile Konsey kendisini Sıkıyönetim Askeri Mahkemeleri kurmaya, kaldırmaya, bunlara üye atayıp görevden almaya yetkili kılmıştır. Askeri yönetimin kurduğu bu mahkemeler 12 Eylül dönemi boyunca yargı görevlerini yerine getirmişlerdir.¹⁸³ Ancak üyeleri hukuk dışı bir müdahaleyi yapan bir organ tarafından atanan bu mahkemelerin, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı, yargıç güvencesi ve doğal yargıç ilkeleri gibi yargısal ilkelere uygun bir şekilde oluştuğunu ve görevlerini yerine getirdiğini söylemek güçtür. Dolayısıyla bu mahkemeler hukuk devletinde mahkemelerin sahip olması gereken nitelikleri taşımamaktadırlar. 12 Eylül döneminde Anayasa Mahkemesi ve Danıştay ise varlıklarını sürdürmekle beraber, bu görevlerini kendilerine getirilen yargısal kısıtlamalara uyarak yerine getirmektedirler.¹⁸⁴

MGK'nin iktidarda bulunduğu bu dönemin, başından sonuna kadar keyfi uygulamaların ve hukuk devleti ihlallerinin yaşandığı bir dönem olduğu ifade edilmiştir. Bu durumun gerekçesi olarak ise, MGK'nin karar ya da bildiri gibi işlemlerle, yasa hatta Anayasa değiştirebilme yetkisini sık sık kullanması olarak gösterilmiştir. Zaten Kurucu Meclis yetkilerine sahip olan MGK, Anayasa ve yasa değişikliklerini, yasalarla yapabilecekken, karar ve işlemlerle bu değişiklikleri yapması, MGK'nin hukuk devleti ilkesiyle kendini bağlı hissetmediğini, hukuk dışı ve keyfi uygulamaları olağan bir durum haline getirdiği şeklinde yorumlanmıştır.¹⁸⁵

1982 Anayasası'nın geçici 15'inci maddesiyle getirilen düzenlemeyle 12 Eylül döneminde yapılan işlemlerin ve bu işlemlerle ilgili kişilerin yargı denetimi dışında tutulması amaçlanmıştı. Bu maddede MGK, bu dönemde kurulmuş hükümetler ve Danışma Meclisi hakkında, bunların *"her türlü karar ve tasarruflarından ve bu karar ve tasarrufların idarece veya yetkili kılınmış organ, merci ve görevlilerce uygulanmasından dolayı karar alanlar, tasarruflarda bulunanlar ve uygulayanlar hakkında cezai, mali veya hukuki sorumluluk iddiası ileri sürülemez ve bu maksatla herhangi bir yargı yerine başvurulamaz."* hükmü yer almıştır.

¹⁸⁰ Soysal, s. 85-86.

¹⁸¹ Soysal, s. 105-106.

¹⁸² Soysal, s. 107.

¹⁸³ Eroğul, s. 307.

¹⁸⁴ Soysal, s. 85.

¹⁸⁵ Eroğul, s. 313.

Böylece o dönem bakımından geçmişe dönük kişisel sorumluluk iddiaları söz konusu olamayacağı gibi, o dönemde çıkarılan yasalar, yasa hükmünde kararnameler ile MGK tarafından çıkarılan Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve işlemlerin Anayasa'ya aykırılığı iddia edilmeyecekti.¹⁸⁶ 12 Eylül dönemi hakkındaki her türlü karar ve tasarruf ile bunları alan ve uygulayanlar hakkında yargı yolunu kapatan bu madde, dönemin hukuk devleti ilkesine getirmiş olduğu bir başka aykırılığı oluşturmaktadır.

Demokratik yönetimin askıya alındığı 12 Eylül döneminde, yeni Anayasa çalışmaları Kurucu Meclis nezdinde devam etmiştir. Kurucu Meclisin Danışma Meclisi kanadında hazırlanan ve kabul edilen anayasa tasarısı, MGK tarafından 18 Ekim 1982 gün ve 2709 sayılı kanun olarak, Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. 7 Kasım 1982 tarihinde halkoyuna sunulan Anayasa geçerli oyların yüzde 91,3'ünü elde ederek, 9 Kasım 1982 tarihinde Resmi Gazete'de, -ancak bu kez Anayasa olarak- yeniden yayımlanarak yürürlüğe girdi.¹⁸⁷ Anayasa'nın yürürlüğe girmesinin ardından 6 Kasım 1983 seçimlerinden sonra, TBMM'nin 24 Kasım 1983'te toplanması ve Başkanlık Divanı'nın 6 Aralık 1983'te oluşması ile MGK dönemi sona ermiştir.¹⁸⁸

Ancak Anayasa'nın halkoyuna sunulmasında vatandaşların bu Anayasa'yı yeterli derecede tanımalarını sağlayacak özgür ve demokratik bir kampanya dönemi yaşanmamıştır. Halkoylaması öncesinde Anayasa'nın tartışılmasının yasak olmasına karşın; MGK üyelerinin Anayasa'nın kabulü konusunda yoğun uğraşları söz konusuydu. İkinci olarak Anayasa'nın reddedilmesi halinde ne olacağının belirtilmemiş olmasının, 12 Eylül döneminin hemen sona ermesini isteyen kişilerin kabul oyu vermesini kolaylaştırdığı iddia edilmiştir.¹⁸⁹ Böylelikle 12 Eylül döneminin genelinde söz konusu olan temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması ve kullanılmaması, halkoylaması öncesinde ve sırasında siyasal haklar konusunda da devam etmiştir. 12 Eylül askeri yönetimi başlangıcından sonuna kadar, -hatta demokratik yaşama geçilmesinden sonra da ileriye dönük düzenlemeleri ile- hukuk devleti ilkesine aykırılıkların en çok yoğunlukta yaşandığı bir dönem olarak tarihimize geçmiştir.

¹⁸⁶ Soysal, s. 109.

¹⁸⁷ Gören, 1999, s. 75.

¹⁸⁸ Gözübüyük, 2003, s. 146.

¹⁸⁹ Erdoğan, 2007, s. 164-165.

2.1.1. Demokratik Hayata Geçiş Dönemi (1980-1983)

12 Eylül 1980 tarihinde emir ve komuta zinciri içinde yönetime el koyan MGK, Genelkurmay Başkanı'nın başkanlığında Kara Kuvvetleri Komutanı, Hava Kuvvetleri Komutanı, Deniz Kuvvetleri Komutanı ve Jandarma Genel Komutanından oluşmaktaydı.¹⁹⁰ MGK tarafından çıkarılan ve 1961 Anayasası'nda değişiklikler yapan “*Anayasa Düzeni Hakkında Kanun*” ise 12 Eylül döneminin temel hukuki yapısını oluşturmaktadır. Bu yasaya göre Anayasa'da TBMM'ye ait olduğu belirtilen yetkiler MGK tarafından, Cumhurbaşkanına ait olduğu bildirilen görev ve yetkiler ise MGK Başkanı ve Devlet Başkanı tarafından kullanılacaktı. MGK Başkanı aynı zamanda Devlet Başkanı sıfatına sahip olacaktı. Yine MGK tarafından çıkarılan bildiri, karar ve yasaların Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemez ve bunların iptali ve yürütülmesinin durdurulması söz konusu olamayacaktı.¹⁹¹

MGK tarafından çıkarılan 1981 tarih ve 2485 sayılı Kurucu Meclis Hakkında Kanunla ise, MGK ve Danışma Meclisinden oluşan iki kanatlı bir Kurucu Meclis kurulmuştu. Kurucu Meclisin yeni anayasayı hazırlamak ve halkoyuna sunmak, siyasi partiler yasası ile seçim yasaları hazırlamak ve TBMM kurulup göreve başlayıncaya kadar yasama işlevini yerine getirmek gibi görevleri vardı. Kurucu Meclisin kuvvet komutanlarından oluşan MGK dışındaki sivil kanadını temsil eden Danışma Meclisi her ilden tespit edilen adaylar arasından MGK tarafından seçilen yüz yirmi üye ve yine MGK tarafından doğrudan seçilen kırk üye olmak üzere, toplam yüz atmış üyeden oluşmaktaydı. Ayrıca Anayasa metni konusunda MGK'nın kesin ve son sözü söyleme yetkisi vardı. Yani Danışma Meclisi tarafından ve genel kurulca kabul edilen anayasa metni MGK tarafından aynen veya değiştirilerek kabul edilir veya reddedebilirdi.¹⁹²

Temel hukuki yapısının bu şekilde belirlendiği 12 Eylül askeri yönetimi döneminde, Danışma Meclisince hazırlanan anayasa taslağı, Danışma Meclisi Genel Kurulu tarafından 23 Eylül 1982 tarihinde kabul edildi. MGK de istediği değişiklikleri yapıp, geçici maddeleri ekledikten sonra metni 2709 sayılı yasa olarak 18 Ekim 1982 tarihinde yayımladı.¹⁹³ Anayasa

¹⁹⁰ Soysal, s. 84.

¹⁹¹ Dikici, Fatih, *Anayasa Hukuku*, Seçkin Y., Ankara 2009, s. 75. 12 Eylül yönetimi döneminde çıkarılan kanun, kanun hükmünde kararname ve diğer karar ve işlemlerin hiçbir denetim mekanizmasına tabi olmamaları nedeniyle birer “ferman” niteliğinde olduğu ve bir hukuk devletinde de fermanların yeri olmadığı şeklinde eleştiriler olmuştur. Tekir, Osman; Akkaş Hüseyin, *Türkiye'nin Anayasa Krizi*, Kadim Y., Ankara 2010, s. 214.

¹⁹² Odyakmaz, Zehra; Kaymak, Ümit; Ercan, İsmail, *Anayasa Hukuku İdare Hukuku*, Arıkan Y., İstanbul 2008, s. 32.

¹⁹³ Soysal, s. 101.

taslağı için 7 Kasım 1982 tarihinde halkoylaması yapıldı. Kullanılan oyların yaklaşık olarak yüzde doksan birinin evet olduğu halkoylamasında, Kurucu Meclis tarafından hazırlanan Anayasa Türkiye Cumhuriyeti'nin yeni Anayasası olarak geçerlilik kazanmıştır. MGK Anayasa'nın 177'nci maddesiyle zaman itibarıyla yürürlüğe giriş bakımından çeşitli maddelere ilişkin birçok istisnalar getirmiştir. Kişi hürriyeti ve güvenliği, basın ve yayımla ilgili hükümler, toplu iş sözleşmesi, grev ve lokavta ilişkin hükümler, siyasi faaliyette bulunma hakları, siyasi partilerle ilgili hükümler ve yasama alanındakiler bu tür istisna hükümlere örnek olarak verilebilir.¹⁹⁴

1982 Anayasası'nın kabul edilmesinden sonra, 12 Eylül askeri yönetiminin sona ermesi ise, 6 Kasım 1983 tarihinde Milletvekili genel seçimlerini takiben TBMM Başkanlık Divanı'nın 6 Aralık 1983'te oluşmasıyla (yeni seçilen Meclisin göreve başlamasıyla) gerçekleşmiştir. Bu tarihten sonra Danışma Meclisi'nin ve MGK'nin hukuki varlıkları sona ermiş ve Türk siyasi hayatında yeni ve demokratik bir dönem başlamıştır.¹⁹⁵ MGK başından beri siyasal sistemde gerekli değişiklikleri yapıp, demokratik yönetime döneceği vaadini yapmıştı. Ancak bu vaadin gerçekleşmesi çok uzun bir süre aldı¹⁹⁶ ve hukuk devletinin askıya alındığı ve temel hak ve özgürlüklerin güvence altında olmadığı bu dönem gereğinden bir hayli uzun sürdü.

2.1.2. Askeri Vesayetın Anayasal Anlamda Bitmesi (1983-1989)

12 Eylül yönetimi Anayasa'ya koymuş olduğu geçici hükümler ve yasaklarla, demokratik hayata geçilmesinden sonra da etkisini sürdürecektir olan bir geçiş dönemi öngörmüştür. Bu geçiş döneminin ilk örneği kendisini siyasi yasaklar alanında göstermektedir. Buna göre Anayasa'nın geçici dördüncü maddesiyle "*geçici sınırlamalar*" adı altında siyasi partiler ve bireyler için, değişik süre ve kapsamlarda çeşitli siyasi yasaklar getirilmiştir. Bu yasakların bir kısmı, 1982 Anayasası'na göre yapılan ilk genel seçimleri ve sonrasını, bir kısmı ise 1992'ye kadar uzanan bir süreyi kapsıyordu. Bu yasakların uygulanabilmesi amacıyla 22 Nisan 1983 tarihli Siyasi Partiler Kanunu'na MGK'nın eklediği bir geçici maddeye göre, Konsey yeni

¹⁹⁴ Soysal, s. 102-103.

¹⁹⁵ Tunç, s. 42.

¹⁹⁶ Erdoğan, 2001, s. 119.

kurulacak siyasi parti kurucularının uygun görmediklerini veto etme, yerlerine yenilerini gösterme yetkisine sahipti. Yine 10 Haziran 1983 tarihli Milletvekili Seçim Kanunu'nun geçici bir maddesi, ilk genel seçimler için partilerce gösterilecek milletvekili adaylarının MGK tarafından veto edilebilmesini sağladı. Ancak bu dönem düşünüldüğü kadar uzun sürmedi. Geçici dördüncü madde 1987 yılında yapılan ve halkoylaması sonucunda kabul edilen bir Anayasa değişikliğiyle yürürlükten kaldırıldı.¹⁹⁷

Anayasa'nın yürürlüğe girmesi ve Meclisin göreve başlamasından sonraki geçiş dönemi için Cumhurbaşkanı seçimi konusunda da özel bir madde öngörülmüştü. Söz konusu maddeye göre halkoylamasının yapılması tarihindeki MGK Başkanı ve Devlet Başkanı, sonucun ilan edilmesiyle birlikte Cumhurbaşkanı sıfatını kazanarak yedi yıllık bir dönem için Anayasa ile Cumhurbaşkanı'na tanınan görevleri yerine getirecekti. Böylece Anayasa'nın Cumhurbaşkanı seçilmesine ilişkin kuralları bir defaya mahsus olarak uygulanmayacaktı. Bu şekilde TBMM'ce seçim yapılmaksızın, Anayasa'nın kabul edilmesiyle birlikte MGK Başkanı'nın daha önce sahip olduğu Devlet Başkanı sıfatı, Cumhurbaşkanı sıfatıyla yedi yıllık bir süre için birleştirilmiştir.¹⁹⁸ Anayasa ile konulan hükümlerle, 12 Eylül yönetiminin etkisi Cumhurbaşkanı aracılığıyla halkoylamasının kabulünden itibaren yedi yıllık bir süreyle daha devam etmiştir.

1982 Anayasası'nın öngörmüş olduğu geçiş dönemine ilişkin kurallardan biri de, ilk Cumhurbaşkanı'nın Anayasa değişiklikleri konusunda önemli bir üstünlüğe sahip olmasıdır. Buna göre geçiş dönemi sonrası için Cumhurbaşkanı'nın Anayasa değişikliklerini yeniden görüşmek üzere Meclise geri göndermesi halinde; Meclisin Anayasa değişikliklerinde ısrarı üye tamsayısının üçte ikisinin oyuyla olabileceken; 1989'a kadar ki geçiş döneminde bu çoğunluk üye tamsayısının dörtte üçü olmak zorundadır. Yani bu dönemde Anayasa'nın, Cumhurbaşkanı'na karşı parlamento tarafından değiştirilebilmesi için milletvekillerinin dörtte üç çoğunluk oluşturmaları gerekir. Ayrıca bu dörtte üç çoğunluk sağlansa bile Cumhurbaşkanı halkoylamasına yine gidebilirdi.¹⁹⁹

Geçiş dönemine ilişkin bir diğer hükümse, TBMM'nin toplanıp göreve başlamasından sonra MGK üyelerinin hukuki durumu konusundadır. Buna göre TBMM toplanıp göreve başladıktan sonra, MGK Cumhurbaşkanlığı Konseyi'ne dönüşecek ve Konsey üyeleri parlamenterlerle aynı özlük haklarına ve dokunulmazlığa sahip olacaklardır. Ancak bu düzenleme geçici niteliktedir ve Meclisin göreve başlamasından altı yıllık bir süre sonunda Konsey'in görevi sona erecektir. 1980 askeri müdahalesinin 1989 yılından da ileri giden bir

¹⁹⁷ Soysal, s. 106-107.

¹⁹⁸ Soysal, s. 107.

¹⁹⁹ Soysal, s. 108.

diğer etkisi de bu dönemde alınmış olan kararlar ve bu kararları alan kişilerle ilgilidir. Olağanüstü dönemlerin önemli özelliklerinden birisi, o dönemdeki işlemlerin ve sorumlu kişilerin hukuksal durumlarının varlığının devam etmesi ve bu kararlarla ilgili sorumlu kişiler hakkında mahkemelere başvurulmamasının istenmesidir. 1982 Anayasası'nın geçici 15. maddesiyle dönem bakımından geçmişe dönük kişisel sorumluluk iddiaları söz konusu olmamakta, 12 Eylül döneminde çıkarılan yasalar, yasa hükmünde kararnamelerle, MGK tarafından alınan karar ve tasarrufların Anayasa'ya aykırılığı iddia edilmemektedir.²⁰⁰ 1982 Anayasası'nın geçici 15. maddesi, 2010 yılında Anayasa'da yapılan değişikliklerle tamamen yürürlükten kaldırılmıştır. Bu Anayasa değişikliğine kadar geçici 15. madde aracılığıyla, 12 Eylül yönetiminin hukukumuzdaki etkisini devam ettirdiği söylenebilir.

2.1.3. 1982 Anayasası'nın İlk Şekli ve Hukuk Devleti

1982 Anayasası'nın da 1961 Anayasası'nda olduğu gibi bir hukuk devletinin veya demokrasinin askıya alınması sürecinin ürünü olması ortaklığı dışında 27 Mayıs 1960 darbesi ile aynı ideal hedefi güttüğü söylenemez. 1961 Anayasası, hukuk devletine aykırı hükümler içeren 1924 Anayasası'na bir tepki olarak hukuk devletinin oturtulması yönünde bir motivasyonunun ürünüken, 1982 Anayasası hukuk devletini olgunlaşma yoluna girilmesinin göstergesi olan 1961 Anayasası'nın özgürlükçü hükümlerine bir tepki olarak hazırlanmıştır. 1982 Anayasası'nın bu özelliğini 12 Eylül müdahalesini yapanların şu sözlerinden çıkarmak da mümkündür: “...O Anayasa dediğimiz elbise bize bol geldi. İçinde oynamaya başladık. Düzeltildi. Birçok açık kapılar vardı, o kötü niyetlere fırsat veren o açık kapılar kapanmadığı için 12 Mart'a geldik. 12 Mart'ta düzeltilmeye çalışıldı. Ama maalesef o kapılar gerekli ölçüde kapatılmadı, gene açık kaldı.”²⁰¹ Bu düşünce ile hukuk devletinin gereği olan temel hak ve özgürlüklerin 1961 Anayasası ile geniş bir şekilde tanınmasının yanlışlığından yakınılmakta ve temel hak ve özgürlüklerin dar bir şekilde 1982 Anayasası'na yansıtılacağıın ipuçları verilmektedir.

1982 Anayasası yukarıda ifade edilen düşünceye uygun olarak özgürlüğü ikinci plana iten ve otoriteye, yani devlet gücüne ön sırayı veren; birey ve toplum arasında kesinlikle toplumu, insanla devlet arasında da kesinlikle devleti tercih eden bir Anayasa'dır. İnsan hakları kavramı

²⁰⁰ Soysal, s. 108-109.

²⁰¹ Soysal, s. 88.

1982 Anayasası'nın ilk şeklinde başlangıç hükümlerinde belirtilen “*Kutsal Türk Devleti*” tabirinden sonra gelen bir kavram olarak yer almaktadır. Böylece temel hak ve özgürlükler devletten önce değil, devletle birlikte var olan bir nitelik almakta ve devletin varlık nedeninin insan haklarının korunması olduğu düşüncesi bu Anayasa'dan dışlanmaktaydı. Ayrıca Anayasa'nın genel hükümler bölümünde temel hak ve özgürlüklerle ilgili olarak belirtilen ödev ve sorumluluk kavramları da Anayasa'nın toplum ve devletten yana yapmış olduğu tercihin bir uzantısı olarak değerlendirilmiştir.²⁰² 1982 Anayasası'nın benzer şekilde hukukun üstünlüğü yerine iktidarın üstünlüğünü, daha çok otorite daha az demokrasi, önce devlet sonra hukuk ve yetkili merkez karşısında zayıf çevre düşüncelerini temel alan bir metin olduğu ifade edilmiştir.²⁰³

1961 Anayasası'nın “*insan haklarına dayalı*” ibaresindeki “*dayalı*” kelimesi de “*saygılı*” olarak değiştirilmiştir. Bu şekilde insan hakları kavramı 1982 Anayasası'nda zayıf bir vurgu ile ve diğer başka değerlere bağlı olarak yer almıştır. Buna göre devlet insan haklarına dayanan devlet değil, sadece saygılı devlettir ve insan haklarına saygı toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı çerçevesinde geçerli olacaktır. Anayasa'nın 2'nci maddesinde yapılan bu değişiklik basit bir ifade değişikliği olmayıp, Anayasa'nın insan hak ve özgürlükleri konusundaki düşünsel yaklaşım farklılığından kaynaklanmaktadır. Artık Anayasa insan haklarını devletin temel dayanağı, içsel ve özsel unsuru ve varoluş nedenlerinden biri olarak kabul etmemektedir. Anayasa'nın 5'inci maddesi de aynı görüş doğrultusunda düzenlenmiştir. Bu maddede insan haklarını koruma devlete bir görev olarak yüklenmemiş, insan haklarının gerçekleştirilmesi görevi ise oldukça yumuşak ifadelerle yazılmıştır. Buradan çıkan sonuç ise insan haklarının korunması ve gerçekleştirilmesi konusunda devlete net amaçlar ve kesin ödevler yüklemekten kaçınıldığıdır.²⁰⁴ Yine bu Anayasa'da yer alan insan haklarını evrensel boyuttan soyutlama çabalarının insan haklarını etkisizleştirmek ve iktidara ayak bağı olmaktan çıkarmak amacıyla olduğu ifade edilmiştir.²⁰⁵

1982 Anayasası özgürlükler konusundaki düzenlemeleriyle genel özgürlükçü ilkeyi tersine döndürmüş, sınırlama asıl özgürlük ise istisna konumuna gelmiştir. Anayasa her şeyden önce kendisi çok fazla sayıda sınırlama öngörmüştür. Bu Anayasa'nın özgürlükler konusunda en dikkat çekici özelliklerinden biri insan haklarının doğrudan Anayasa tarafından geniş biçimde sınırlandırıldığı Anayasal sınırlamalardır. Hakların norm alanının doğrudan daraltma anlamına

²⁰² Soysal, s. 127.

²⁰³ Kaboğlu İbrahim, *Değişiklikler Işığında 1982 Anayasası Halk Neyi Oylayacak*, İmge Kitapevi, Ankara 2010, s. 52.

²⁰⁴ Sancar, s. 139-140.

²⁰⁵ Sancar, s. 142.

gelen bu sınırlamalar hakların asli içeriğine Anayasal müdahale niteliğindedir ve hak ve özgürlüklerin nesnel sınırları dışında kalan sınırlamalardır. Bu sınırlamalardan bir kısmı hak ve özgürlüğün kapsamında yer alması ve bunun güvencelerinden yararlanması gereken hususların tanımlama sırasında kapsam dışında bırakılması şeklinde oluşmuştur. Diğer Anayasal sınırlamaları ise, hakkın tanınmasından sonra aynı kural içinde hakkın sınırlarının gösterilmesi suretiyle yapılan ve çoğunlukla yasak koyan düzenlemeler oluşturmaktadır.²⁰⁶

1982 Anayasası'nda ayrıca temel hak ve özgürlüklerin yasa yoluyla sınırlayabilme olanaklarını da son derece geniş tutmuştur. Anayasa'nın ilk şekli yasamaya istisnasız bütün hak ve özgürlüklerin sınırlanabilmesi yetkisini tanıyan bir genel sınırlama nedeni koymuştu. Böylece 1961 Anayasası'nda geçerli olan her hak ve özgürlüğe göre farklılaşmış-kademeli sistem Anayasa'nın ilk şeklinde benimsenmemişti. Bütün temel hak ve özgürlüklere sayıca fazla ve içerik olarak belirsiz olan bu sınırlama nedenlerine dayanarak müdahale edilebilecek; böylece keyfilik artacak ve yargısal denetim ise zorlaşacaktır.²⁰⁷ Anayasa genel sınırlama nedenlerine ek olarak özel sınırlama nedenleri de öngörmüştü. Zaten çok ağır olan genel sınırlama nedenlerine ek olarak geniş bir özel sınırlama listesinin öngörülmesinin temel hak ve özgürlükleri tamamen denetim altına alınarak, bunların sınırlanması konusunda boşluk bırakmama kaygısından doğduğu ifade edilmiştir.²⁰⁸

1982 Anayasası'nın insan hakları ve hukuk devleti açısından sorunlu bir diğer maddesi ise 15. maddedir. Anayasa bu maddede demokratik sistemlerde olağanüstü hal rejimlerini birer hukuk rejimleri olmaları gereğinden ayrılmış, bunları hukuk dışı yönetim usulleri durumuna getirmiştir. Bu maddeye göre olağanüstü yönetim usullerinde temel hak ve özgürlüklerin kullanılması kısmen ya da tamamen durdurulabilir ve bunlar için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. Anayasa'da bu madde için öngörülen durumun gerektirdiği ölçüde milletler arası hukuk ve dokunulmaz çekirdek alan şeklinde ifade edilen sınırlamaların ise yargısal denetim imkanı ya yok ya da yok denecek kadar azdır. Çünkü bu önlemler Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerle alınmaktadır ve bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılıktan dolayı Anayasa Mahkemesi'ne dava açılmaz. Yine 15'nci maddede belirtilen dokunulmaz hak

²⁰⁶ Sancar, s. 143. 1982 Anayasası bu anlamda özellikle kişi özgürlüğü ve güvenliği, basın, dernek ve toplantı özgürlükleriyle sendika ve grev haklarına ve siyasal partilerle ilgili özgürlüklere ilişkin aşırı geniş ve ayrıntılı anayasal sınırlamalar getirmiştir. Soysal, s. 129.

²⁰⁷ Sancar, s. 146.

²⁰⁸ Sancar, s.147. Ayrıca Anayasa'nın ilk şeklinde hakkın özü kavramı yerine getirilen demokratik toplumun gerekleri kavramının temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında daha alt bir seviye olduğu belirtilmiştir. Sancar, s. 150.

alanları insan haklarının yalnızca küçük bir bölümünü oluşturmaktadır.²⁰⁹ Olağanüstü hal rejimlerine ilişkin kanun hükmünde kararnamelere karşı yargısal denetim yolunun tamamen kapalı olması, sıkıyönetim ve olağanüstü hal yasalarındaki mevcut ve bu tür kanun hükmünde kararnamelerle getirilebilecek yargı yolu yasak ve kısıntılarıyla birlikte düşünüldüğünde, temel hakları durdurma ve anayasal güvenceleri kaldırmaya ilişkin önlemlerin uygulanması yargısal denetimin kapsamı dışında kalacaktır. Bu durumun ise 1982 Anayasası'nda adeta iç içe iki anayasa yarattığı ve bunlardan birinin normal durumu düzenlediği, diğerinin ise olağanüstü rejimleri birincisinden etkilenmeyen ayrı bir hukuki rejime tabi kıldığı şeklinde yorumlanmıştır.²¹⁰

1982 Anayasası'nın ilk şeklinin hukuk devleti açısından taşıdığı eksiklikler elbette sadece insan hakları alanında değildi. Bundan başka özellikle idari işlemlerin yargısal denetimi konusunda da Anayasa'da geniş istisnalar getirilmiş ve hukuk devletinin yönetimin hukukla bağlı olması kuralı önemli ölçüde ihlal edilmişti. Yargı denetimi dışında tutulan idari nitelikte işlemler olarak Cumhurbaşkanı'nın tek başına yaptığı işlemler, Yüksek Askeri Şura ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları örnek olarak verilebilir. Bundan başka yargı bağımsızlığı konusunda da Anayasa'nın ilk şekli hukuk devleti açısından sorunlu nitelik arz etmekteydi. Örneğin HSYK'nın oluşumu, işleyişi, görevleri hakkındaki hükümler, Adalet Bakanı ve müsteşarının bu Kurul'un içinde yer alması, yine hakim ve savcılarının yönetsel denetimleri ve görevleri ile ilgili ya da görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçlardan dolayı inceleme ve soruşturmaların yapılmasının Adalet Bakanı'na bağlı olması gibi hükümler bu Anayasa'nın hukuk devletinin yargı bağımsızlığı alanındaki eksiklerini oluşturmaktaydı. Sonuç olarak 1982 Anayasası'nın ilk şekli yürütme karşısında yasama erkini kayıtlamış, her ikisi üzerinde yargısal denetimi zayıflatmış, olağanüstü yönetimleri yargı erkinin denetim alanından çıkarmış, özgürlükler düzenindeki kayıtlamalarla birlikte demokratik katılım yollarını tıkamış²¹¹ ve hukuk devleti için düşük bir seviye belirlemişti.

²⁰⁹ Sancar, s. 156-157.

²¹⁰ Sancar, s. 157-158. Benzer şekilde Olağanüstü Hal yönetimleri ve bu dönemde çıkarılan Kanun Hükmünde Kararnemelerin 1982 Anayasası'nın "*istisna anayasa*" kısmını oluşturduğu ifade edilmiştir. Kaboğlu, 2010, s. 262.

²¹¹ Kaboğlu, 2010, s. 51.

2.2. 1982 Anayasası'ndaki Değişiklikler ve Hukuk Devletinin Gelişim Aşamaları

Yukarıda da belirtildiği üzere, 1982 Anayasası kabul edildiği ilk şekliyle hukuk devleti ilkesi açısından eksikleri olan bir metindi. 1982 Anayasası'nda birçok defalar yapılan değişikliklerle bu tür hukuk devletine aykırılıklar belli ölçüde giderilmeye ve hafifletilmeye çalışılmıştır. Yasama, yürütme, yargı ve temel hak ve özgürlükler alanında yapılan değişiklikler, hukuk devleti düşüncesinin de Anayasa'nın ilk şekline göre değişmesine neden olmuştur. Çalışmanın bu bölümünde 1982 Anayasası'nda yapılan ve hukuk devletini doğrudan ya da dolaylı olarak etkileyen 1987, 1993, 1995, 1999, 2001, 2002, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008 ve 2010 tarihli Anayasa değişiklikleri inceleme konusu yapılacaktır.

2.2.1. Hukuk Devleti İle Doğrudan İlgili Olmayan Anayasa Değişiklikleri

Aslında hukuk devleti ilkesinin kapsayıcı anlamı, ister istemez birçok olgunun hukuk devletiyle bağlantılı ele alınmasını sağlar. Örneğin hükümet darbeleri, doğrudan doğruya demokrasiyle ilgili iken, hukuk devletinin askıya alınmasını da ifade edebilmektedir. Yine, hukuk devleti tüm insan hakları güvencesini kapsayan bir ilke olduğuna göre demokratik haklar da denilen siyasi haklar veya sosyal haklar ile ilgili her türlü gelişim de bir şekilde hukuk devleti ile bağlantılı olacaktır. Bu nedenle doğrudan olmasa da altta verilen 1987 ve devamı değişikliklerine de değinmek yararlı olacaktır.

2.2.1.1. 1987 Değişiklikleri

1982 Anayasası'nın bazı maddelerinde 3361 sayılı ve 17.05.1987 tarihli kanun ile değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Bu tarihte yapılan değişikliklerle ilk olarak Anayasa'nın seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarını düzenleyen 67'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında yer alan "*Yirmi bir yaşını dolduran her Türk vatandaşı, seçme ve halkoylamasına katılma hakkına sahiptir*" fıkrası değiştirilmiştir. Anayasa'nın değişik 67'inci maddesine göre

artık gün, ay ve yıl hesabı yapılmadan yirmi yaşına girmiş olmak seçmen olabilmek için yeterli görülmüş ve böylelikle seçmen yaşı iki yıl indirilerek seçmen tabanı genişletilmiştir.²¹²

1982 Anayasası'nın 67'nci maddesindeki seçmen yaşını yirmi bir olarak belirleyen hüküm seçmen yaşını on sekiz yaşın üç yaş üstünde belirleyerek, bireyler açısından ceza sorumluluğu ve reşitliğin ötesinde bir çeşit "*siyasal olgunluk*" aramıştı. Olgunluğun genç yaşta seçimlere katılmayla kazanılabileceğini hesaba katmayan bu görüş, dünyadaki uygulamalarla da uyumlu değildir. Seçmen yaşı hemen bütün devletlerde on sekiz olduğu gibi, seçilme yaşını da seçme yaşıyla bir tutan devletler vardır. Anayasa'nın ilk biçiminde yer alan bu hüküm, temel siyasi hak ve özgürlüklerden birisi olan oy hakkının kullanılması konusunda önemli bir kısıtlama niteliğindedir.²¹³ Anayasa'da 1987 yılında yapılan değişiklikle seçmen yaşının indirilerek daha geniş bir toplumsal kesim için bu hakkın kullanımının önünün açılması, seçimlerde ve halkoylamasında oy kullanabilme hakkını genişlettiği için hukuk devletinin temel hak ve özgürlüklerin tanınması ve koruma altında olması gereğiyle uyumlu bir değişiklik olmuştur.

Çoğulcu demokrasilerde halk adına hareket eden temsilcilerin mümkün olduğunca geniş bir halk kitlesinin (genel oy) katıldığı seçim yolu ile belirlenmesi esastır.²¹⁴ Çoğulcu demokrasinin gereklerinden birisi olan genel oy ilkesine 1982 Anayasası'nın ilk şeklinde seçmen yaşını yüksek tutarak getirilen bu kısıtlamanın, 1987 yılı Anayasa değişiklikleri ile belli oranda indirilmesi demokratik ilke ve kurallara da uygun olmuştur. Hukuk devletini hayata geçirmek için vatandaşların yasama sürecine katılması, yani "*hukukun sadece muhatabı değil aynı zamanda müellifi olmalarını*" sağlayacak haklara ve mekanizmalara ihtiyaçları olduğu söylenmiştir. Bir anayasa çerçevesinde olsa bile yasama yetkisinin tek bir kişinin elinde olması hukuki güvenliği mutlak surette kurma olanağı vermez. Bu nedenle yasama yetkisinin, yasanın muhatabı olan halka dayandırılması zorunludur. Bunun için siyasal katılım haklarının güvence altına alınması, bu hakların kurumsallaştırılması ve etkin bir biçimde kullanılması gerekir. Böylece hukuk devleti, demokratik parlamentarizmle ilişkilendirilmiştir.²¹⁵ Demokratik parlamentarizmi hukuk devletine bağlayan bu görüşe göre, vatandaşların hukukun müellifi olmalarını sağlayan haklardan birisi olan seçme hakkının, daha fazla sayıda kişinin kullanabileceği şekilde genişleten bu değişiklik, demokrasi ve demokratik katılım olanaklarını güçlendirerek hukuk devletinin gelişimine dolaylı olarak katkı sağlayacaktır. Aslında demokratik ilke ve kuralları güçlendiren her değişikliğin, hukuk

²¹² Soysal, s. 185.

²¹³ Soysal, s. 185.

²¹⁴ Gözübüyük, 2003, s. 25.

²¹⁵ Sancar, 2000, s. 81. Çoğulcu siyasal bir rejim olarak demokrasinin hukuk devletinin temel direklerinden birisini oluşturduğu görüş hakkında ayrıca Bkz. Kaboğlu, İbrahim, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Legal Y, İstanbul 2005, s. 338.

devletiyle doğrudan ilgisi olmasa bile, dolaylı olarak hukuk devletini olumlu etkileyeceğini ve ileri götüreceği sonucuna bu şekilde ulaşmak da mümkündür.

1982 Anayasası'nda 3361 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerden hukuk devleti açısından en dikkate değer olanı ise, 1982 Anayasasının ilk şeklinde yer alan "geçici dördüncü maddenin" yürürlükten kaldırılmış olmasıdır. Siyasi partiler ve kişiler için çeşitli siyasi yasaklar içeren söz konusu geçici dördüncü madde aşağıdaki şekildedir:

"1) 16 Ekim 1981 tarih ve 2533 sayılı Kanunla feshedilmiş bulunan siyasi partilerden;

11 Eylül 1980'den sonra gerek tüzelkişiliği, gerek bunların merkez yöneticilerinden veya Parlamento üyelerinden herhangi biri hakkında Türk Ceza Kanununun İkinci Kitabının birinci babında yer alan Devletin şahsiyetine karşı işlenmiş cürümlerden herhangi biri ile ilgili olarak kamu davası açılmış olanlarla, 11 Eylül 1980 tarihinde iktidar partisi ve ana muhalefet partisi durumunda bulunan siyasi partilerin;

a) 1 Ocak 1980 ve daha sonraki tarihlerde; genel başkan, genel başkan yardımcıları veya vekilleri, genel sekreteri, bunların yardımcıları ve merkez yönetim kurulu veya benzeri organların üyeleri; Anayasanın halkoylaması sonucu kabulü tarihinden başlayarak on yıl süre ile siyasi parti kuramazlar; Anayasa hükümlerine dayalı olarak kurulacak siyasi partilere üye olamazlar, bu partiler tarafından veya bağımsız olarak milletvekili genel ve ara seçimlerinde, mahalli seçimlerde aday gösterilemezler ve aday olamazlar. Siyasi partilerle herhangi bir şekilde bağlantı kuramazlar ve siyasi partilerde fahri olarak bile herhangi bir görev alamazlar.

b) 1 Ocak 1980 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde üye bulunan milletvekilleri ile senatörler, Anayasanın halkoylaması sonucu kabulü tarihinden başlamak üzere beş yıl süre ile siyasi parti kuramazlar, kurulacak siyasi partilerin merkez yönetim kurullarında veya benzeri organlarda görev alamazlar.

2) 1 Ocak 1980 tarihinde kontenjan senatörü veya Cumhuriyet Senatosunun tabii üyesi olanlar ile Türkiye Büyük Millet Meclisinin bağımsız üyelerinden; haklarında Türk Ceza Kanununun İkinci kitabının birinci babında yer alan Devletin şahsiyetine karşı işlenmiş cürümlerden herhangi biri ile kamu davası açılmış bulunanlar veya birinci fıkrada nitelendirilen siyasi partilerden birine girmiş olanlar birinci fıkranın (b) bendi hükümlerine tabi olurlar."²¹⁶

²¹⁶ www.yenianayasaicin.org/?page_id=. 6. 15. 11. 2010.

1982 Anayasası'nın ilk şeklinde yer alan geçici dördüncü madde, siyasi hak ve özgürlüklere çok önemli sınırlamalar getirmekteydi. Geçici madde söz konusu siyasi yasakların kapsamını çok geniş tutmuş, neredeyse bütün siyasi partileri ve kişileri madde kapsamına almıştı. Bir siyasi partinin madde kapsamındaki yasaklara tabi olması için partinin tüzel kişiliği, merkez yöneticileri veya Parlamento üyelerinden birine karşı, Devletin şahsiyetine karşı işlenmiş cürümlerden dolayı kamu davasının açılmış olması yeterli sayılmakta, iktidar ile ana muhalefet partileri ise doğrudan yasağın kapsamına girmektedir. Aynı şekilde 1 Ocak 1980 tarihinden itibaren milletvekilliği ya da senatörlük görevinde bulunanlar hakkında da herhangi bir ölçüt ya da istisna öngörmeden yasaklamalar öngörülmesi, bu yasakların mümkün olduğu kadar geniş bir kesim için geçerli olmasını amaçlıyordu. Kontenjan senatörü veya Cumhuriyet Senatosu'nun tabii üyeleri ile TBMM'nin bağımsız üyelerinden bir kısmının da yasak kapsamına alınması aynı amaca yönelikti. Bu nedenle geçici dördüncü maddenin demokrasi ve hukuk devleti ilkelerine aykırı olarak, 12 Eylül 1980 dönemindeki bütün siyasal kadroyu etkisiz hale getirmeye dönük bir düzenleme olduğu haklı olarak ileri sürülmüştür.²¹⁷

Ayrıca geçici dördüncü maddenin hukuk devletinin gerekleri ile bağdaşmayan başka yönleri de vardır. Bu maddeye göre, yasak kapsamına giren siyasi partilerde genel başkan ve vekili, genel sekreter, bunların yardımcıları, merkez yönetim kurulu ve benzeri organların üyeleri sıfatlarına sahip olmak, maddede yer alan siyasi yasaklara tabi olmak bakımından yeterli görülüyordu. Bu durumda siyasi yasaklara tabi olmanın nedeni, sadece bir siyasi partiyle mevcut olan hukuki bağ oluyordu. Bu kişilerle ilgili, ayrıca herhangi bir kusur şartı aranmamaktaydı. Yine TBMM milletvekilleri ile senatörleri, kontenjan senatörleri, Cumhuriyet Senato'sunun tabii üyeleri ile TBMM bağımsız üyeleri hakkında da herhangi bir kusur şartı aranmadan ilgili siyasi yasaklar söz konusu olabilmekteydi. Dolayısıyla geçici madde bu yönüyle ceza hukukunun ve hukuk devletinin temel ilkelerinden biri olan kusursuz ceza olmaz ilkesine (AY m. 38/1) aykırılık teşkil etmekteydi.²¹⁸ Hukuk devletinde temel hak ve özgürlüklerden olan siyasi partilerle her türlü düzeyde hukuki ilişki kurabilme hakkı, ceza kanunlarında tanımlanmış bir suç niteliğinde (suçta tipiklik) olamayacağı için; bu tür yasaklar öngören geçici dördüncü madde, açık bir hukuk devleti ihlali niteliği taşıyordu.

1982 Anayasası'nın ilk şeklinde yer alan geçici dördüncü madde kapsamında yer alan yasakların uygulanması için 12 Eylül döneminde kapatılan siyasi partilerin tüzel kişiliği, merkez yöneticileri veya Parlamento üyelerinden biri aleyhine devletin şahsiyetine karşı

²¹⁷ Soysal, s. 107.

²¹⁸ Koca, Mahmut; Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Y., Ankara 2008, s. 36.

işlenmiş cürümlerden dolayı kamu davasının açılmış olması yeterli kabul etmiş; bu konuda kesinleşmiş bir mahkeme kararına bile ihtiyaç duyulmamıştır. Yine yasakların uygulanacağı diğer kişiler için (kontenjan senatörü, bağımsız milletvekilleri gibi), yasakların uygulanabilmesinde aynı suçlardan dolayı kamu davasının açılmış olması yeterli görülmüştür. Dolayısıyla geçici dördüncü maddeyle uygulanan siyasi yaptırımlar, hukuk devletinde kişilerin hak arama özgürlüğünün ve kişi güvenliğinin bir parçası olan ve suçluluğu mahkeme kararı ile sabit oluncaya kadar kimsenin suçlu sayılamayacağını öngören suçsuzluk (masumiyet) karinesiyle de (AY m. 15 ile m. 38/4) uyumlu değildir.²¹⁹

Geçici dördüncü maddenin hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayan diğer bir yönü ise, siyasi yasaklar hakkında kesin sınırlar göstermemiş olmasıdır. Maddede geçen “*merkez yönetim kurulu benzeri kurullar*” gibi ifadeler, bu yasakların kapsamının keyfi biçimde genişletilmesine neden olabilecek niteliktedir. Böylece örneğin siyasi partilerde yer alan gençlik kolu ya da kadın kolu gibi kurullarda görev yapanlar da geçici maddenin kapsamı içine rahatlıkla alınarak, yasakların kapsamı genişletilebilecektir. Hukuk devletinde kurallar – özellikle temel hak ve özgürlüklerle ilgili olanlar- yeterince açık olmalı, resmi makamlara aşırı takdir yetkisi tanımamalı ve keyfi uygulamalara kapalı olmalıdırlar. Yine soyut, genel, nesnel ve kişilik dışı kurallar olmalı, bu kurallara kolay ulaşılabilmeli ve sonuçları öngörülebilir olmalıdır.²²⁰ Ancak geçici dördüncü madde hukuk devletinde kurullarda olması gereken bu gibi özelliklere sahip değildir. Bu nedenle siyasi hak ve özgürlükler alanında geniş ve ağır hak ihlalleri öngören geçici dördüncü maddenin; bir de kapsamının belirli olmaması bu maddenin hukuk devleti bakımından taşıdığı sakıncaları daha da arttırmaktadır.

Ayrıca 22 Nisan 1983 tarihli Siyasi Partiler Kanunu’na eklenen bir geçici madde ile MGK, yeni kurulacak siyasi partilerin kurucularından uygun görmediklerini veto etme ve yerlerine yenilerini gösterme yetkisine sahip kılınmıştı. Yine 10 Haziran 1983 tarihli Milletvekili Seçimi Kanunu’nun bir geçici maddesi de ilk genel seçimler için partilerce gösterilecek milletvekili adaylarının MGK tarafından veto edilmesini öngörüyordu. Dolayısıyla söz konusu siyasi yasakların denetlenmesinin yargı kurumu olmayan ve bu yasakları koyan organ olan MGK’ya verilmesi ilgili özgürlükler konusunda daha güvencesiz bir durum yaratmıştı. Ancak geçici dördüncü madde öngörüldüğü sürece yürürlükte kalmamış; 1987 yılında yapılan

²¹⁹ Erdoğan, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, Siyasal Kitabevi, Ankara 1999, s. 95.

²²⁰ Selçuk, Sami, “Düşün Özgürlüğü”, *Hukuk Felsefesi Sosyolojisi Arkivi*, İstanbul Barosu Y., İstanbul 2005, s. 145. Kaboğlu, 2005, s.338. Ayrıca Anayasa Mahkemesi’nin kanunların genel, soyut, açık ve anlaşılabilir olması gerektiği ve bununla bağlantılı olarak hukuki güvenlik, hukuki öngörülebilirlik konusundaki kararları için Bkz. (Aktaran) Küçük, Adnan, “Hukuk Devleti Kavramı ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti” *Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal*, Adres Y., Ankara 2008, s. 404.

halkoylaması sonucunda, Anayasa değişikliğinin halk tarafından kabul edilmesiyle hukuk devleti ilkesi ile bağdaşması mümkün olmayan bu madde yürürlükten kalkmıştır.²²¹

3361 sayılı Kanunla 1982 Anayasası'nda 1987 yılında yapılan diğer bir değişiklik de Anayasa'nın değiştirilmesi esaslarının düzenlendiği 175'inci maddede gerçekleşmiştir. 1987 yılında 175'inci maddenin birinci fıkrasında yapılan değişiklik ile Anayasa değişikliği için gerekli kabul yeter sayısı üçte ikiden, beşte üçe indirilmiştir. Ayrıca Anayasa değişikliğine ilişkin tekliflerin ivedilikle görüşülemeyeceği kuralı kaldırılmış, yerine bu tekliflerin Meclis Genel Kurulu'nda iki defa görüşüleceği kuralı getirilmiştir.²²²

1987 yılında Anayasa'nın 175'inci maddesinde yapılan bir diğer değişiklikle de Cumhurbaşkanı'nın, Anayasa değişikliklerini halkoyuna sunabilme usulü değiştirilmiştir. 175'inci maddenin ilk şekline göre, üçte iki çoğunlukla kabul edilen Anayasa değişikliğine ilişkin kanun, Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmadan TBMM'ye geri gönderildikten sonra, Meclis bu kanunu aynı çoğunlukla kabul ederse Cumhurbaşkanı bu kanunu halkoyuna sunabilir veya onaylayabilirdi.²²³ Anayasanın değişik 175'inci maddesine göreyse artık, Meclisçe üye tamsayısının beşte üçünden fazla (beşte üç dahil) ve üçte ikisinden az oyla kabul edilen Anayasa değişikliği hakkında kanunun Cumhurbaşkanı tarafından Meclise geri gönderilmediği takdirde halkoylamasına sunulması zorunludur. Buna karşılık üçte iki veya daha fazla bir çoğunlukla kabul edilen Anayasa değişikliklerinde Cumhurbaşkanı bu kanunu Meclise geri gönderme, halkoyuna sunma veya yayımlama konusunda takdir hakkına sahiptir. Eğer Cumhurbaşkanı bu değişikliği yayımlamazsa ve TBMM'ye geri göndermezse halkoyuna sunmak zorundadır. Cumhurbaşkanı tarafından ihtiyari olarak Meclise gönderilen Anayasa değişikliklerinin Meclis tarafından üçte iki çoğunlukla kabulü halinde de Cumhurbaşkanı ilgili kanunu halkoylamasına sunabilir veya yayımlayabilir (AY m. 175). Anayasa'nın 175'inci maddesinde Anayasa değiştirilmesi usulüne ilişkin olarak yapılan bu değişiklik hukuk devleti ilkesiyle doğrudan ilgili olmayan, bununla birlikte çoğulcu demokrasiyi pekiştiren bir değişikliktir. Çünkü Meclisin beşte üçü çoğunluğuna sahip bir iktidar partisinin mevcudiyeti olasılığında bu iktidar, meclisteki ezici üstünlüğüne dayanarak anayasası değiştirebilse de son sözü halkın söylemesi bakımından demokratiktir.

1982 Anayasası'nda 1987 yılında yapılan bir diğer değişiklik, 75'inci maddede gerçekleşmiştir. Bu değişiklikle milletvekili sayısı dört yüzden, dört yüz elliye çıkartılmıştır. Siyasi, ekonomik, sosyal, vb. bir takım faktörlerin etkili olduğu bu değişikliğin, yasama

²²¹ Soysal, s. 107.

²²² www.yenianayasaicin.org/?page_id=6. 15. 11. 2010.

²²³ www.yenianayasaicin.org/?page_id=6. 15. 11. 2010.

organının faaliyetlerini daha iyi yürütebilmesine yönelik olarak gerçekleştirildiği ve hukuk devleti ilkesiyle doğrudan ilgili olmadığı söylenebilir.

1982 Anayasası'nda 1987 yılında Anayasa'nın 67'nci ve geçici dördüncü maddelerinde yapılan değişikliklerden hukuk devleti olumlu etkilenmiş; özellikle geçici dördüncü maddenin yürürlükten kaldırılmasıyla siyasi hak ve özgürlükler alanında getirilmiş olan ağır ve geniş yasaklar kaldırılmıştır. Anayasa'da 1987 yılında yapılan bu değişiklikler geniş kapsamlı ve hukuk devleti ilkesini çok fazla ileri taşıyan değişiklikler olarak nitelenemese bile hukuk devleti açısından düşük bir düzeyi benimseyen 1982 Anayasası'nın ilk şeklinin geliştirilmesi ve ileri taşınması açısından bir başlangıç noktasını oluşturmuştur. Bu değişikliğin akabinde hukuk devleti açısından 1982 Anayasası'nı ileri taşıyabilecek Anayasa değişiklikleri süreci devam etmiştir denilebilir.

2.2.1.2. 1995 Değişiklikleri

23 Temmuz 1995 tarihli ve 4121 sayılı Kanunla Anayasa'nın bazı maddelerinde değişiklikler yapılmıştır. Anayasa'da değişiklik yapan 4121 sayılı Kanunla ilk olarak Anayasa'nın başlangıç bölümünün 1'inci ve 2'nci paragrafı Anayasa metninden çıkartılmıştır. Başlangıç bölümünün ilk paragrafındaki "*Ebedi Türk vatan ve milletinin bütünlüğüne ve kutsal Türk Devletinin varlığına karşı, Cumhuriyet devrinde benzeri görülmemiş bölücü ve yıkıcı kanlı bir iç savaşın gerçekleşme noktasına yaklaştığı sırada*" ibaresiyle, ikinci paragrafındaki "*Türk Milletinin ayrılmaz parçası olan Türk Silahlı Kuvvetlerinin; milletin çağrısıyla gerçekleştirdiği 12 Eylül 1980 hareketi sonucunda, Türk Milletinin meşru temsilcileri olan Danışma Meclisince hazırlanıp, Milli Güvenlik Konseyince son şekli verilerek Türk Milleti tarafından kabul ve tasvip ve doğrudan doğruya O'nun eliyle vazolunan bu Anayasa*" ibaresi değiştirilmiştir.²²⁴ Bunların yerine "*Türk Vatanı ve Milletinin ebedi varlığını ve Yüce Türk Devletinin bölünmez bütünlüğünü belirleyen Anayasa...*" şeklinde başlayan başlangıç bölümünün birinci paragrafı getirilmiştir.

1982 Anayasası'nın başlangıç bölümünde yer alan, 12 Eylül hareketine neden olan olayları açıklayan ve askeri müdahaleyi meşrulaştırma itkisi taşıyan 1'inci ve 2'nci paragraflar bu değişiklikle Anayasa metninden çıkartılarak, 12 Eylül dönemin izleri Anayasa'dan silinmek

²²⁴ www.yenianayasaicin.org/?page_id=6. 17. 11. 2010.

istenmiştir.²²⁵ Başlangıç bölümünde yapılan bu değişiklikleri, hukuk devletini ve gereklerini gerçekleştirme yönünde somut adımlar olarak değerlendirmek mümkün değildir. Ancak hukuk devleti ihlallerinin yaşandığı bir dönemin izlerinin Anayasa'dan silinmesinin sembolik bir anlamı vardır. 12 Eylül döneminin izlerinin Anayasa'dan silinmesi, bu dönemde yaşanan hukuk devleti ihlallerinin milletin temsilcisi olan yasama organı tarafından benimsenmediği ve bu ihlallerin meşru kabul edilmediği şeklinde yorumlanabilir. Yine başlangıç bölümünde yapılan değişikliklerden 12 Eylül askeri darbesinin “*milletin çağrısıyla*” gerçekleştiğini, atamayla oluşturulan Danışma Meclisi'nin “*milletin meşru temsilcileri*” olarak ve askeri komitenin dayattığı Anayasa'nın “*milletin eliyle vazolunduğunu*” belirten hükümlerin yürürlükten kaldırılması özgürlükçü, demokratik ve hukuk devletini geliştiren adımlardır.²²⁶ Bu nedenle Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yapılan bu değişikliğin hukuk devleti açısından sembolik önemi büyüktür.

1982 Anayasası'nda 1995 yılında 4121 sayılı Kanunla ayrıca Anayasa'nın dernek kurma hürriyetini düzenleyen 33'üncü maddesinde değişiklikler yapılmıştır. Dernek kurma hakkı, asgari sayıda gerçek kişinin usulüne uygun bir şekilde ortak bir idealin gerçekleşmesi amacıyla sürekli olarak bütünleşmesiyle kullanılan bir haktır.²²⁷ Gönüllü bir toplumsal kuruluş olan dernekler, serbestçe varlık kazanma ve örgütlenme ilkeleri ile faaliyet güvencesi öğelerini kapsayan bir özgürlük olması nedeniyle²²⁸ Anayasa'nın Kişinin Hakları ve Ödevleri bölümünde düzenlenen devletin dokunmaması, müdahale etmemesi ve bireylere bir serbesti alanı tanıdığı klasik hak ve özgürlüklerdendir. Bu nedenle Anayasa'nın 33'üncü maddesinde dernek özgürlüğüyle ilgili olarak yapılan değişiklikler –bütün temel hak ve özgürlüklerde olduğu gibi- hukuk devleti açısından önem taşımaktadır.

1995 yılında yapılan değişikliklerle toplu özgürlükler konusunda yasaklar örgüsüne dönen 1982 Anayasası'nın ilk şekli²²⁹, derneklere ilişkin yasakların yer aldığı 33'üncü maddenin “*Dernekler, 13'üncü maddedeki genel sınırlamalara aykırı hareket edemeyecekleri gibi; siyasi amaç güdemezler, siyasi faaliyette bulunamazlar, siyasi partilerden destek göremez ve onlara destek olamazlar, sendikalarla, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve vakıflarla bu amaçlarla ortak hareket edemezler*”²³⁰ fıkrası çıkartılmıştır (4121 sk). Liberal demokrasilerde en temel haklardan biri olarak görülen dernek özgürlüğü,

²²⁵ Gözübüyük, 2003, s. 148.

²²⁶ Erdem, Hüsnü, “1982 Anayasasının Serüveni”, *Hukuk Felsefesi Sosyolojisi Arkivi*, İstanbul Barosu Y., İstanbul 2006, s. 157.

²²⁷ Öztan, Bilge, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 318.

²²⁸ Kaboğlu, İbrahim, *Özgürlükler Hukuku - İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı*, Afa Y., İstanbul 1998, s. 223.

²²⁹ Kaboğlu, 2010, s. 55.

²³⁰ www.yenianayasaicin.org/?page_id=6. 25. 02. 2011.

demokrasinin işleyişi ile doğrudan bağlantılıdır.²³¹ Demokratik yönetimlerde demokrasinin erdemleri ve yaşama kabiliyetinin, onun derneklerle ilgili örgütlü hayatının gürbüzlüğüne bağlı olduğu ifade edilmiş ve bu görüş geniş bir kabul görmüştür. Dernekler çok yüzlü olduğunda ve kimlikler, topluluklar, değişik bölgeler ve diğer potansiyel bölünmeleri içerdiğinde, çoklu ama idare edilebilir uyumsuzlukların içerisinde yer alan enerji dolu yaratıcılık ve çeşitliliği ortaya çıkarmak ve kazanmak için çoğulcu toplumlara gerekli olan araçları sağlayan yoğun bir altyapı hazırlayacaktır.²³² Bu nedenle dernekler hakkındaki siyasi yasakları ve diğer toplumsal grup ve örgütlerle olan dayanışma yasaklarını kaldıran 1995 Anayasa değişiklikleri, dernekleri demokratik toplumun yaşamasında ve işleyişindeki gerçek işlevine kavuşturduğu için, demokrasi kültürümüz ve hukuk devleti açısından önemli ama geç kalmış bir adım atılmıştır.²³³

Ayrıca bu fıkroda yer alan derneklerin 13'üncü maddede yer alan yasaklara aykırı davranamayacağı hükmünün madde metninden çıkartılması, bu hakkın kullanımında ve sınırlanmasında herhangi bir yenilik getirmemiştir. Çünkü 13'üncü maddede yer alan sınırlamalar genel sınırlama nedenleridir ve ayrıca belirtilmesine gerek olmaksızın bütün temel hak ve özgürlükler için (33'üncü madde dahil) geçerlidir.²³⁴

Anayasa'nın 33'üncü maddesinde düzenlenen dernek kurma özgürlüğünde 4121 sayılı kanunla yapılan bir diğer değişiklik bu maddedeki; "*Kuruluş amaç ve şartlarını kaybeden yahut kanunun öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmeyen dernekler, kendiliğinden dağılmış sayılır*"²³⁵ fıkrasının yürürlükten kaldırılması olmuştur. Bu fıkra ile önemsiz veya sonradan giderilmesi mümkün olan basit kanuna aykırılıklarda dahi dernekler kapatılabilecek, dernek kurma özgürlüğüne bu şekilde aşırı müdahaleler yapılabilecek ve sınırlamalar getirilebilecektir. Yine amaç ve şart kavramlarının açık olmayan, soyut ve belirsiz kavramlar oluşu, kanunla dernek özgürlüğüne, keyfi ve aşırı sınırlamalar getirilmesine neden olabilecektir. Dolayısıyla Anayasa'dan bu fıkranın çıkartılması hukuk devleti ilkesine uygun olarak dernek özgürlüğüne yapılabilecek keyfi ve kapsamı belirli olmayan müdahalelerin önüne geçebilecektir.

²³¹ Demiray, Nezahat, "Dernek Özgürlüğü ve Sivil Toplumda Uygunluk Kriteri", *Hukuk Felsefesi Sosyolojisi Arkivi*, İstanbul Barosu Y., İstanbul 2008, s. 247.

²³² Demiray, s. 250.

²³³ Akartürk, Ali, *1995 Anayasa Değişikliği Işığında Memurların Sendikal Hakları*, Alkım Y., İstanbul 1998, s. 63.

²³⁴ Gözler, Kemal, *Anayasa Değişiklikleri Gerekli mi? 1982 Anayasası için Bir Savunma*, Ekin Kitabevi, Bursa 2001, s. 8.

²³⁵ www.yenianayasaicin.org/?page_id=6. 20. 11. 2010.

Ayrıca dernek kurma hakkı ile ilgili 1982 Anayasası'nın 33'üncü maddesinin ilk şeklinde, kamu görevlilerinin bu hakkı kullanmalarına çeşitli sınırlamalar getirilmişti. Buna göre 33'üncü maddenin ilk şekli şöyle bir fıkra içeriyordu: *“Birinci fıkra hükmü, Silahlı Kuvvetler ve kolluk kuvvetleri mensupları ile kamu hizmeti görevlilerinin dernek kurma haklarına başkaca sınırlamalar getirilmesine veya bu hürriyeti kullanmalarının yasaklanmasına engel değildir.”*²³⁶ Görüldüğü gibi 33'üncü maddenin ilk şeklinde dernek özgürlüğünün maddede geçen gruplar için düzenlenmesi, kapsamı, sınırlanması veya tamamen yasaklanması tamamen yasama organının takdirine bırakılmıştı. Anayasanın 33'üncü maddesinde 4121 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra ise söz konusu fıkra şu şekilde olmuştur. *“Birinci fıkra hükmü, Silahlı Kuvvetler ve kolluk kuvvetleri mensuplarına ve görevlerinin gerektirdiği ölçüde Devlet memurlarına kanunla sınırlamalar getirilmesine engel değildir”* (AY m. 33/6).

Dernek özgürlüğü ile ilgili bu fıkroda yapılan değişiklikle öncelikle, eski hükümde yer alan dernek kurma hakkının yasaklanması ibaresi Anayasa metninden çıkartılmıştır. Böylece 33'üncü maddede geçen kişiler için artık dernek özgürlüğünün tamamen yasaklanması söz konusu olamayacaktır. Dernek özgürlüğü Silahlı Kuvvetler, kolluk kuvvetleri mensupları ve Devlet memurları için ancak Anayasa'nın 13'üncü maddesindeki ölçütlere uygun olarak sınırlandırılabilir ve yasama organının 13'üncü maddeye aykırı sınırlamaları ya da bu özgürlüğün tamamen yasaklanması Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi olacaktır (AY m. 148/1). Örneğin eski düzenlemenin aksine ilgili kişiler için dernek özgürlüğünün sınırlanması demokratik bir toplumun gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacak; bu durumda Anayasa Mahkemesi ilgili yasayı bu gerekçelerle iptal edebilecektir.

Yukarıdaki fıkroda kapsamında yapılan değişiklikte dikkat çeken bir diğer husus ise, Anayasa'nın 33'üncü maddesi değiştirilmeden önce dernek özgürlüğüyle ilgili yasaklara muhatap olan kimseler için *“kamu görevlileri”* tabiri kullanılmışken, değişiklikten sonra bu kavramın yerine *“devlet memurları”* tabirinin kullanılmış olmasıdır. Kamu görevlileri tabiri devlet memurları tabirini de kapsayan; ancak kamuda farklı hukuki statüde istihdam edilen diğer çalışanları da içine alan daha geniş bir kavramdır.²³⁷ Dernek kurma hakkına ilişkin sınırlamaların 33'üncü maddenin yeni hükmünde, sadece devlet memurları hakkında kabul edilip, bunun dışında kalan kamu görevlilerinin (sözleşmeli personel, işçiler gibi), bu hakkı

²³⁶ www.yenianayasaicin.org/?page_id=6. 20. 11. 2010.

²³⁷ Kamu görevlileri memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçilerden oluşmaktadır. Memurlar devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlilerini ifa ile görevlendirilen kamu görevlileridir. Sözleşmeli personel ise kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işbirliği için şart olan ve özel bir mesleki bilgi ve uzmanlık gerektiren geçici işlerde sözleşme ile çalıştırılan geçici personeldir. Geçici personel ve işçiler hakkında ayrıca Bkz. Günay, s. 508-509.

herhangi bir sınırlamaya tabi olmadan kullanacak olmaları, dernek özgürlüğün alanını diğer kamu çalışanları için genişleterek hukuk devletini ileri taşıyan bir değişiklik olmuştur.

Anayasa'da 1995 yılında 4121 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle 33'üncü maddede derneklerin faaliyetlerinden alıkonmasını düzenleyen hüküm değiştirilmiştir. Değişiklik yapılmadan önce 33'üncü maddenin ilgili fıkrası şu şekildeydi: "... (Dernekler) Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli güvenliğinin, milli egemenliğinin, kamu düzeninin, başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması ve suçların önlenmesi bakımından gecikmesinde sakınca bulunulan hallerde, hakim kararına kadar kanunen yetkili kılınan merciin emriyle faaliyetten alıkonulabilir."²³⁸ Eski fıkroda derneklerin faaliyetten alıkonmasına ilişkin idari merciin kararlarının, hakim denetimine tabi tutulması için herhangi bir süre öngörülmemişti. 1995 Anayasa değişiklikleriyle ise dernek faaliyetlerini hakim kararı olmaksızın yasaklayan idari mercilerin kararlarının hakim onayına sunulma süresi belirsiz olmaktan çıkartılmış, idari mercie 24 saatlik hakim onayına sunma, hakime de 48 saatlik kararını açıklama süresi verilmiştir.²³⁹ Bu şekilde dernek özgürlüğünün idari mercilerin keyfi kararlarıyla uzun ve belirsiz bir süre kullanımının engellenmesi önlenmiş ve bu tür kararlar hakim denetimine alınarak görece daha güvenceli bir sistem oluşturulmuştur.

1982 Anayasası'nda 1995 yılında yapılan değişikliklerle Anayasa'nın vakıfları²⁴⁰ düzenleyen hükmünde (AY m. 33/son), vakıflarla ilgili çok önemli olmayan ve hukuk devleti ilkesini de etkilemeyen bir değişiklik gerçekleştirilmiştir.²⁴¹ Ancak Anayasa'da vakıflar hakkında, derneklere ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmesi nedeniyle (AY m. 33/son), dernek özgürlüğünü genişletici nitelikte Anayasa değişikliklerinin vakıflar açısından da geçerli olduğunu belirtmek gerekir. Vakıfların özgürlük alanını genişletilmesi anlamına gelen bu durum kuşkusuz hukuk devleti için daha ileri bir seviyedir.

1982 Anayasası'nda 4121 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle 52'inci madde hükmü Anayasa metninden çıkartılmıştır.²⁴² Anayasa'dan çıkartılan 52'nci madde şu şekildeydi: "*Sendikalar 13'üncü maddede sayılan genel sınırlamalara aykırı hareket edemeyeceği gibi; siyasi amaç güdemezler, siyasi faaliyette bulunamazlar, siyasi partilerden destek göremezler ve onlara destek olamazlar; derneklerle, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile ve vakıflarla bu amaçlarla ortak hareket edemezler (1'inci fıkra). İşyerinde sendikal faaliyette*

²³⁸ www.yenianayasaicin.org/?page_id=6. 20. 11. 2010.

²³⁹ Parla, s. 151.

²⁴⁰ Vakıflar gerçek veya tüzel kişiler tarafından kurulabilen belli bir amaca özgülünen ve hak sujesi olan mal topluluklarıdır. Öztan, s. 358. Vakıflar da dernekler gibi örgütlenme hakları kapsamında yer alan klasik temel hak ve özgürlüklerdendir.

²⁴¹ Parla, s.151.

²⁴² Parla, s.152.

*bulunma o işyerinde çalışmamayı haklı göstermez (2'nci fıkra). Sendikalar üzerinde Devletin İdari ve mali denetimi ile gelir ve giderleri, üye aidatının sendikaya ödenme şekli kanunla düzenlenir (3'üncü fıkra). Sendikalar gelirlerini amaçları dışında kullanamazlar; tüm gelirlerini devlet bankalarında muhafaza ederler (4'üncü fıkra).*²⁴³

Sendikal özgürlükler, işçilerin ve işverenlerin çalışma hayatından ve çalışma ilişkilerinden doğan sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın kurulan ve tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar olan sendikalar çerçevesinde yapılan faaliyetleri düzenleyen bir özgürlük alanıdır. Sendikaların, amaç birliği, kuruluşta serbestlik, devlete diğer sendika ve kuruluşlara karşı bağımsızlığı ve özel hukuk kişiliğine sahip olma gibi unsurları vardır. Bu özelliklere sahip olan sendikaların, üyelerinin hak ve menfaatlerini koruma işlevini en etkin şekilde yerine getirebileceği kabul edilir.²⁴⁴ Anayasa'nın sendikalara ilişkin yasakları düzenleyen 52'nci maddesi ise sendikal hak ve özgürlüklerin var oluş amaçlarıyla bağdaşmayan hükümler içeriyordu. Amaçları bağlı oldukları sınıfların hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmek olan sendikaların, bu amaçlarını gerçekleştirmek için siyasal iktidarla iletişim içinde olması ve siyasi etkinliklerde bulunması son derece olağan bir durumdur.²⁴⁵ Yine sendikaların toplumdaki diğer örgüt ve sivil toplum kuruluşları ile dayanışması, bunların birer baskı grubu olarak²⁴⁶ görevlerini amaçlarına uygun bir şekilde yapmasının gereğidir. Bu denklemlerle sendikalar hakkında Anayasa'nın 52'nci maddesinde yer alan siyasi yasaklar ile diğer toplumsal örgütlerle dayanışma yasaklarının kaldırılması, sendikal özgürlükleri genişleten ve hukuk devletini ileri götüren bir değişiklik olmuştur.

Bu maddede yapılan değişikliklerle sendikaların 13'üncü maddeye aykırı davranamayacağı hükmünün yürürlükten kaldırılması ise, hukuki sonuç doğurmayan bir değişikliktir. Zira Anayasa'nın 13'üncü maddesi genel nitelikte sınırlamalar olup, bütün temel hak ve özgürlükler için zaten geçerlidir. 52'nci maddenin ikinci fıkrasındaki sendikal faaliyette bulunmanın işyerinde çalışmamayı haklı göstermeyeceği hükmünün çıkartılması da, aynı şekilde hukuki bir sonuç doğurmamaktadır. Çünkü sendikal özgürlükler, Anayasa'da böyle bir hüküm olmasa bile işyerinde çalışmamayı haklı göstermez. Hakkın kötüye kullanılmaması evrensel bir ilkedir ve Anayasa ve kanunlarda açıkça belirtilemese de geçerlidir. Üçüncü fıkrada ise devletin sendikalar üzerinde çeşitli konularda (idari, mali, gelir, gider, üye aidatlarının ödenmesi) sahip olduğu ve sendikal haklara müdahale edebildiği gerekçeler yer almaktadır. Bu nedenle bu fıkranın da yürürlükten kaldırılması sendikal özgürlüklerin alanını

²⁴³ www.yenianayasaicin.org/?page_id=6. 25. 11. 2010.

²⁴⁴ Günay, Cevdet, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Uygulaması*, Yetkin Y., Ankara 2007, s. 399.

²⁴⁵ Akartürk, s. 62.

²⁴⁶ Aksoy, Necdet, *Sivil Toplum ve Baskı Grupları*, Kaknüs Y., İstanbul 2008, s. 95.

genişletmiştir. Maddenin son fıkrasındaki sendikaların tüm gelirlerini Devlet bankalarında muhafaza edecekleri hükmü de Anayasanın mülkiyet (AY m. 35) ve sözleşme hürriyeti (AY m. 48) haklarına ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil eden bir hükümdü. Sendikalar hakkında hukuk devletine aykırı olarak sınırlamalar getiren 52'nci maddenin, 1995 yılında Anayasa'dan çıkartılması genel olarak hukuk devleti için olumlu bir değişikliktir.

1982 Anayasası'nda 1995 yılında yapılan Anayasa değişiklikleriyle “*Toplu iş sözleşmesi hakkı*” başlığını taşıyan 53'üncü maddeye yeni bir fıkra eklenmiştir. Bu fıkra ile memurlar ve diğer kamu görevlilerine, toplu sözleşme²⁴⁷ ve grev hakkı²⁴⁸ tanınmadan ve kanunun çizdiği çerçevede sendika ve üst kuruluşlar kurma imkanı getirilmiştir.²⁴⁹ Bu sendikalar üyeleri adına yargı mercilerine başvurabilecek ve idareyle amaçları doğrultusunda toplu görüşme yapabileceklerdir. Toplu görüşme hakkı idare ile en çok üyeye sahip olan sendika ve konfederasyon arasında kamu görevlilerine uygulanacak katsayı ve gösterge, aylık ve ücretler, zam ve tazminatlar, fazla çalışma ücreti, harcırah, yan ödemeler ve sosyal yardımlar gibi konuların müzakere edildiği bir haktır.²⁵⁰ Toplu görüşme sonucunda varılan kararların ise bağlayıcılığı yoktur ve bu kararlar Bakanlar Kurulu'nun takdirine sunulmaktadır.²⁵¹

1995 değişiklikleri ile Anayasa'da toplu görüşme hakkının tanınması hukuk devleti açısından olumlu bir değişiklik olarak görülebilir. Bu şekilde memurlar sosyal ve ekonomik haklarını geliştirmek ve bu konularda müzakere etmek için hukuki bir olanağa sahip olmuştur. Ancak grev ve toplu sözleşme hakkı olmadan sendika hakkının hiçbir anlamı olmadığı savunulmuştur.²⁵² Bu nedenle Anayasa'daki düzenlemenin birer baskı grubu olan sendikaların görevlerinin gereklerini tam olarak yerine getirmesi için yeterli olmadığı söylenebilir. Yine memurlar ve diğer kamu görevlilerine sendika kurabilme hakkı, Anayasa değişikliğinden önce de yargı kararları ve uluslararası sözleşmeler yoluyla hukuken ve fiilen tanınmıştı.²⁵³ Buna karşılık sendikalara üyeleri adına mahkemelere başvurma hakkının tanınması, bu hak ve özgürlüğün norm alanını genişleten bir düzenleme olmuştur. Zira bu değişiklikten önce de

²⁴⁷ Toplu sözleşme memurların mesleki hak ve yükümlülüklerini ve çalışma koşullarını (aylık ve ek ödemeler, yıllık izin, emekli yaşı ve aylığı, sendikal ilişkiler, disiplin işlemleri gibi) yönetim ile birlikte iki yanlı süreçler içinde belirleyebildiği bir haktır. Akartürk, s. 17-18.

²⁴⁸ Grev bir işyeri veya işletmede çalışan ve işçi sıfatını taşıyan kimselerin ekonomik ve sosyal haklarını elde edebilmek için topluca ve yapmakla görevli oldukları işi bıraktıkları bir eylem biçimidir. Günay, s. 604.

²⁴⁹ Parla, s. 152. Batı ve Kuzey Amerika devletlerinde ayırık durumlar saklı kalmak kaydıyla, birçok demokratik devlette kamu görevlileri toplu görüşmeden greve kadar uzanan birçok haktan yararlanmaktadır. Kaboğlu, 2010, s. 63.

²⁵⁰ Derdiman, s. 442

²⁵¹ Akartürk, s. 69. Ayrıca toplu sözleşme hükümlerinin bağlayıcılığı konusunda farklı bir görüş için Bkz. Akartürk, s. 71.

²⁵² Akartürk, s. 19.

²⁵³ Akartürk, s. 66. Anayasa'da sendika kurma hakkı güvence altına alınmamış olmasına rağmen, bu konuda bir yasak da olmadığı için sendikaların kurulabileceği görüşü bu dönemde hakim olmuştur. Anayasa Mahkemesi de bir kararında bu doğrultuda bir karar vermiştir. E. 1990/12, K.1991/7, t. 04.04.1991, (Aktaran) Akartürk, s. 35.

sendikaların üyeleri adına yargı mercilerine başvuru imkanı bulunmasına rağmen; yargı organları bu hakkı son derece dar yorumlamaktaydılar. Danıştay sendika üyelerinin tümünü ilgilendiren konularda sendikanın dava ehliyetinin olduğu yönünde kararlar vermiş buna karşılık; tek tek her üyenin menfaatini ilgilendiren konularda sendikaların dava ehliyetini kabul etmemiştir.²⁵⁴ Anayasa'ya eklenen fıkıyla sendikalar bütün üyelerini ilgilendirmeyen konularda da dava açabilecek ve asıl amacı olan üyelerinin hak ve çıkarlarını koruma işlevini daha etkin bir şekilde gerçekleştirecektir.

Anayasa'nın 53'üncü maddesine 1995 değişiklikleri ile eklenen fıkıyla sendika kurma hakkının kapsamına giren kamu görevlilerinin, Anayasa'nın 128/1 fıkrasında yer alan kamu görevlileri olduğu ifade edilmiştir. Anayasa'nın 128'inci maddesindeki kamu görevlileri tabiri ise geniş anlamda kullanılmamış, bunlar kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yapan kamu görevlileri (memurlar) olarak belirlenmiştir. Buna göre asli ve sürekli görevleri yürütmeyen kamu görevlileri ise, memurlar hakkında öngörülen sendikal haklara değil; işçi sendikaları hakkındaki hükümlere tabi olacak ve 53'üncü maddedeki sendikal sınırlamaların dışında kalacaktır.²⁵⁵ Yani asli ve sürekli kamu görevlerini yapmayan diğer kamu çalışanları (işçi, sözleşmeli personel gibi) Anayasa'da yapılan bu değişiklikten sonra, memurların tabi olduğu hükümlerden farklı olarak toplu sözleşme ve grev haklarını kullanabileceklerdir.

4121 sayılı Kanunla Anayasa'nın seçme, seçilme, siyasi faaliyette bulunma haklarını düzenleyen 67'inci maddesinde de değişiklikler yapılmıştır. Bu maddedeki değişikliklerle seçmen yaşı 18 yaşını doldurmuş olma (AY m. 67/3) koşuluna bağlanmış ve seçmen tabanı genişletilmiştir. Anayasa'da seçmen yaşını aşağı çeken bu değişiklik için, 1987 yılında yapılan değişikliklerle, seçmen yaşının indirilmesine ilişkin açıklamalar geçerlidir. Yine 67'nci maddedeki değişikliklerle tutuklular hakkında oy kullanamayacaklarına ilişkin kural yürürlükten kaldırılmış ve yurt dışındaki vatandaşlar için oy kullanabilme hakkı anayasal bir kural haline getirilmiştir. Ayrıca 67'nci maddeye hukuk devleti ile doğrudan ilgisi olmayan bir fıkra eklenmiştir. Buna göre "*Seçim kanunları temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini birleştirecek biçimde düzenlenir.*"²⁵⁶ Tutuklamanın bir ceza değil, bir koruma tedbiri²⁵⁷ olduğu düşüncesi karşısında, tutuklulara da seçme hakkının tanınmasını sağlayan Anayasa değişikliği, hukuk devleti açısından yerinde bir düzenleme olmuştur. Böylece

²⁵⁴ Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 71/348, K. 72/243, t. 24.03.1972, (Aktaran) Akartürk, s. 72.

²⁵⁵ Akartürk, s. 64.

²⁵⁶ Parla, s. 152.

²⁵⁷ Tutuklama kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanığın özgürlüğünün hakim kararı ile sınırlandırılarak tutukevi denilen yere konmasıyla uygulanan bir koruma tedbiri niteliğinde olup kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı değildir. Özbek, Veli, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Y., Ankara 2006 (a), s. 271.

suçluluğu sabit oluncaya kadar kimsenin suçlu görülemeyeceği (AY m. 38/4) şeklinde Anayasal bir ilke olan suçsuzluk karinesi bu alanda uygulanma olanağına kavuşmuştur. Aynı şekilde yurt dışında bulunan vatandaşlar için de seçme hakkının tanınması, daha fazla yurttaşın bu hakkı kullanmasını sağlayabilecek olması dolayısıyla hukuk devleti açısından yararlı bir değişikliktir.

1982 Anayasası'nda 4121 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle parti kurma, partilere girme, partilerden ayrılmayı düzenleyen Anayasa'nın 68'inci maddesi değiştirilmiştir. 68'inci maddenin birinci fıkrasındaki değişiklikte partilere üye olabilme yaşı 21'den 18'e indirilmiş (Ancak yüksek öğretim öncesi öğrencileri partilere üye olamayacaklardır ve yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanlarına, partilerin sadece merkez organlarında olmak kaydıyla parti üyesi olma imkanı sağlanmıştır (AY m. 68/5,6,7).²⁵⁸ Maddede yapılan bu değişiklikler, vatandaşların 68'inci madde kapsamındaki siyasi hak ve özgürlüklerinin sınırlarını genişlettiği için hukuk devleti için olumlu değişiklikler olarak nitelenebilir.

Anayasa'nın 68'inci maddesinde 4121 sayılı Kanunla yapılan diğer değişikliklerle, siyasi partilerin tüzük ve programlarının yanı sıra "*eylemlerinin*" de Anayasa'nın öngördüğü esaslara aykırı olamayacağı belirtilmiş; siyasi partilerin uymakla yükümlü olduğu esasların arasına "*devletin bağımsızlığı*", "*eşitlik ve hukuk devleti ilkeleri*" gibi yeni ölçütler getirilmiş, siyasi partilerin suç işlenmesini teşvik edemeyeceği öngörülmüştür.²⁵⁹ Anayasa'nın 68'inci maddesinde 1995 yılında yapılan bu değişikliklerle siyasi partilerin özgürlük alanları, siyasi partilere uymakla yükümlü olduğu yeni ölçütler getirilmesi suretiyle sınırlanmıştır. Siyasi partilere getirilen bu sınırlamaların, siyasi partilerin özgürlüklerini hukuk devleti ilkesine aykırı bir biçimde sınırlandırmaması, büyük ölçüde siyasi partileri denetleme yetkisine sahip olan Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararlara da bağlıdır. Anayasa Mahkemesi vereceği kararlarında özgürlükleri genişletici yorumlar yapmalı ve özellikle demokratik toplumun gerekleri ölçütünü dikkate almalıdır. Bu açıdan demokratik bir toplumun vazgeçilmez öğeleri olan siyasi partilerin, özgürlüklerini vermiş olduğu kararları ile genişletmelidir. Sonuç olarak Anayasa'nın 68'inci maddesinde siyasi partiler için getirilen bu yeni sınırlamaların siyasi partilerin özgürlüklerini hukuk devletine aykırı olarak sınırlaması büyük oranda, Anayasa Mahkemesi'nin vereceği kararlara bağlı olacaktır.

Anayasa'nın 68'inci maddesinde 4121 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerden birisi de altıncı fıkra da yer alan yasakların kaldırılması olmuştur. Bu fıkraya göre "*Siyasi partiler yurt*

²⁵⁸ Parla, s. 152.

²⁵⁹ www.yenianayasaicin.org/?page_id=6. 20. 11. 2010.

dışında teşkilatlanıp faaliyette bulunamaz, kadın kolu, gençlik kolu ve benzeri şekilde ayrıcalık yaratan yan kuruluşlar meydana getiremez, vakıf kuramazlar”.²⁶⁰ Bu hükmün Anayasa’dan çıkartılmasıyla özellikle gençler ve kadınların siyasi partilerin çeşitli (özel) kurullarında siyasi faaliyette bulunmaları ve partilerin yurt dışında faaliyet gösterebilme gibi özgürlüklerinin önündeki Anayasal engel kaldırılmıştır. Çoğulcu demokrasi ile bağdaşmayan bu hükmün Anayasa’dan çıkartılması hukuk devleti için de olumlu bir adımdır. 68’inci maddeye eklenen “*siyasi partilerin Devletten yeterli düzeyde ve hakça yardım alması*”²⁶¹ (AY m. 68/son) hükmü ise hukuk devleti ile doğrudan ilgisi olmayan bir değişikliktir.

1982 Anayasası’nda 1995 yılında yapılan değişikliklerle Anayasa’nın siyasi partilerin uyacakları esasları düzenleyen 69’uncu maddesinde de değişikliğe gidilmiştir. Bu maddenin 1’inci ve 2’nci fıkrasında yer alan “*Siyasi partiler tüzük ve programları dışında faaliyette bulunamazlar; Anayasanın 14’üncü maddesindeki sınırlamalar dışına çıkamazlar; çıkanlar temelli kapatılır (1’inci fıkra). Siyasi partiler, kendi siyasetlerini yürütmek ve güçlendirmek amacıyla dernekler, sendikalar, vakıflar, kooperatifler ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları ile siyasi ilişki ve işbirliği içinde bulunmazlar. Bunlardan maddi yardım alamazlar.*” (2’inci fıkra)²⁶² hükümleri ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’nın partileri izleyip denetlemesi yönündeki hüküm Anayasa metninden çıkartılmıştır. Bu değişiklikle siyasi partilerle diğer örgütler arasındaki dayanışma yasaklarının kaldırılması demokratikleşme yönünde olumlu²⁶³ bir değişiklik olmuştur. Anayasa’nın ilk şeklinde yer alan sivil toplum örgütleri arasındaki dayanışma yasakları, insan haklarını sivil güvenceden yoksun bırakma çabası olarak da nitelendirilmiştir.²⁶⁴ Siyasi partilerle diğer tüm örgütler arasında söz konusu olan bu tür dayanışma yasakları ile siyasi faaliyetlere ilişkin yasakların kalkması, toplumsal örgütlere dolaylı olarak politika yapma yolunu açmış ve siyasetten arındırılmış toplum anlayışının aşılmasına hizmet ederek²⁶⁵, siyasi hak ve özgürlüklerin genişlemesi suretiyle hukuk devletini ileri taşımıştır.

Buna karşılık, siyasi partilerin Anayasa’nın 14’üncü maddesine aykırı davranışları durumunda kapatılacağına ilişkin fıkranın Anayasa’dan çıkartılmasının, siyasi partilerin özgürlüklerini çok daha ileri taşıdığını söylemek güçtür. Çünkü Anayasa’nın 68/4 fıkrasına 1995 Anayasa değişiklikleri ile siyasi partilerin uyacakları yeni ölçütler getirildiği gibi; bu

²⁶⁰ www.yenianayasaicin.org/?page_id=6. 20. 11. 2010.

²⁶¹ www.inadina.com/inadeski/sayi12/anayasa1.htm. 20. 11. 2010.

²⁶² www.yenianayasaicin.org/?page_id=6. 20. 11. 2010.

²⁶³ Akartürk, s. 82.

²⁶⁴ Sancar, s. 155.

²⁶⁵ Kaboğlu, 2010, s. 67.

ölçütler zaten çok soyut ve genel niteliktedir. Bunların içinin doldurulması ve somutlaşması siyasi partilerin yargısal denetimini yapmakla görevli Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına bağlıdır. Ayrıca Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmamasının düzenlendiği 14'üncü maddesindeki ve 68/4 fıkrasındaki siyasi partilerin uyacağı esasları belirleyen hükümler genel olarak birbiriyle aynı ya da benzer ölçütlerdir. Dolayısıyla bu değişikliğin siyasi partilerin hak ve özgürlüklerini genişletmesi yine Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği kararlara bağlıdır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın siyasi partiler hakkındaki denetiminin kalkmasını öngören hüküm de, önemli farklılık yaratan bir değişiklik değildir. Siyasi partiler hakkında kapatma davası açmakla görevli kılınan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı (AY m. 69/4), bu amaçıyla bağlı olarak siyasi partileri izlemek ve belli ölçüde denetlemekle yine görevli olacaktır.

1982 Anayasası'nın 69'uncu maddesinde 1995 yılında yapılan değişiklik ile siyasi partilerin faaliyetlerine başka bazı sınırlamalar da getirilmiştir. Siyasi Partilerin ticari faaliyette bulunamayacağı yasağı getirilmiş, partilerin mal edinmeleri, gelir ve giderleri ile seçim harcamaları daha sıkı esaslara bağlanmıştır. Siyasi partilerin gelir ve giderlerinin amaçlarına uygun olması ve Anayasa Mahkemesi'nin denetim görevini yerine getirirken Sayıştay'ın yardımından yararlanması (AY m. 69/3) gibi kayıtlamalar söz konusu olmuştur.²⁶⁶ Siyasi partiler hakkında getirilen bu sınırlamaların 1995 yılında yapılan Anayasa değişikliklerinin çoğunluğunun aksine, siyasi hak ve özgürlükleri aşırı sınırlama konusundaki Anayasa'nın ilk şeklinde yer alan düşünceye uygun olduğu savunulmuştur.²⁶⁷ Ancak siyasi partiler hakkında getirilen bu sınırlamaların, siyasi partilerin özgürlüklerini hukuk devleti idealine aykırı bir biçimde sınırlaması, daha çok Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına bağlıdır.

Anayasa'nın ilk şeklinde, siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin olarak 69'uncu maddede şu hüküm bulunuyordu. "*Siyasi partilerin kapatılması, Cumhuriyet Başsavcılığının açacağı dava üzerine, Anayasa Mahkemesince karara bağlanır.*"²⁶⁸ 1995 değişikliklerinden sonra ise: "*Bir siyasi partinin 68'inci maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı eylemlerinden ötürü temelli kapatılmasına, ancak, onun bu nitelikteki fiillerin işlendiği bir odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesince tespit edilmesi halinde karar verilir*"²⁶⁹ (AY m. 69/6) şeklinde ilgili fıkra değiştirilmiştir. Anayasa'nın 69'uncu maddesinin ilk şeklinde, Anayasa Mahkemesi'ne siyasi partilerin kapatılması konusunda geniş bir takdir hakkı tanınmıştı. Bu

²⁶⁶ www.inadina.com/inadeski/sayi12/anayasa1.htm. 25. 11. 2010.

²⁶⁷ Erdem, s. 158.

²⁶⁸ www.yenianayasaicin.org/?page_id=6. 25. 11. 2010.

²⁶⁹ Parla, s. 152.

fıkra parti kapatmaya ilişkin Anayasa’da herhangi bir somut ölçüt öngörülmemiş, gerekli ölçütlerin belirlenmesi ve partilerin kapatılması tamamen Anayasa Mahkemesi’nin takdirine bırakılmıştı. 1995 değişikliklerinden sonra ise siyasi partilerin kapatılması, çeşitli eylemlerin “*odağı*” olduğunun Anayasa Mahkemesince tespit edilmesine bağlanmış, bu konuda Anayasa’da “*odak olma*” ölçütü belirlenmiştir. Ancak bu değişikliğin parti kapatma konusunda Anayasa Mahkemesi’nin takdir hakkını önemli ölçüde sınırladığı da söylenemez. Odak olma kavramı yine tamamen Anayasa Mahkemesi’nin içtihatlarıyla belirlenecektir. Ayrıca parti kapatma nedenlerinin Anayasa’da (AY m. 68/4) çok genel ve soyut olarak belirlenmesi, Anayasa Mahkemesi’nin odak olma kriterini kendi takdirine göre serbestçe belirlemesini kolaylaştırmaktadır. Dolayısıyla Anayasanın 69/6 fıkrasında yapılan bu değişikliğin özünde, parti kapatma konusunda Anayasa Mahkemesi’nin takdir hakkını sınırladığını ve parti kapatmalarını zorlaştırdığını söylemek güçtür.

Yine Anayasa’nın 69’uncu maddesinde, siyasi partilerin yabancı devletler, uluslararası kuruluşlar ve Türk uyuğunda olmayan gerçek ve tüzel kişilerden emir alamayacakları ve bunların Türkiye’nin bağımsızlığı ve ülkenin bütünlüğü aleyhindeki kararlarına katılmayacağı şeklindeki²⁷⁰ ve hukuk devletiyle doğrudan ilgili olmayan fıkra Anayasa’dan çıkartılmıştır.

Anayasa’da 4121 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle milletvekili sayısının 450’den 550’ye çıkartılması (AY m. 75), yasama dokunulmazlığın kaldırılması ya da üyeliğin düşmesine karşı Anayasa Mahkemesine yapılan başvuru koşullarının yeniden düzenlenmesi (AY m. 85), TBMM’nin her yıl Eylül ayı yerine Ekim ayının ilk günü kendiliğinden toplanması (AY m. 93)²⁷¹ ve milletvekili genel ve ara seçimlerinden önceki veya sonraki bir yıl içinde yapılması gereken yerel seçimlerin, genel veya ara seçimlerle birleştirilmesine (AY m. 127/3)²⁷² ilişkin Anayasa değişiklikleri hukuk devleti ile doğrudan ilgili olmayan değişikliklerdir. Buna karşılık partisini değiştiren milletvekilinin üyeliğinin düşmesine ilişkin Anayasa’nın 84’üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki hükmün yürürlükten kaldırılması²⁷³, milletvekillerinin siyasi hak ve özgürlüklerini genişlettiği için demokratik hukuk devleti ilkesiyle uyumlu bir değişiklik olmuştur.

Anayasa’da 1995 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarını düzenleyen 135’inci maddede değişikliğe gidilmiştir. Bu maddede kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının siyasetle uğraşmayacakları, siyasi partiler,

²⁷⁰ www.yenianayasaicin.org/?page_id=6. 27. 11. 2010.

²⁷¹ www.inadina.com/inadeski/sayi12/anayasa1.htm. 27. 11. 2010.

²⁷² Parla, s. 155.

²⁷³ www.inadina.com/inadeski/sayi12/anayasa1.htm. 27. 11. 2010.

sendikalar ve derneklerle ortak hareket edemeyeceklerine ilişkin olarak konulan yasaklar kaldırılmıştır.²⁷⁴ Meslek kuruluşlarının mensuplarının hak ve çıkarlarını gerçekleştirmek için siyasi organları baskı grubu olarak etkilemeye çalışmaları doğal ve kaçınılmaz bir olgu olduğundan, bu yasaklar kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının asli işlevlerini yerine getirmelerine engel teşkil ediyordu.²⁷⁵ Dolayısıyla ilgili kuruluşlar için söz konusu olan siyasi yasaklarla, sivil toplum kuruluşları ve diğer örgütlerle olan dayanışma yasaklarını kaldıran bu değişiklik, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının –sendika, dernek, siyasi partilerde olduğu gibi- özgürlüklerini genişleterek hukuk devletini ileri götürmüştür. Ayrıca bu maddede yapılan bir diğer değişiklikle kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının organlarının seçiminde sendikaların ve siyasi partilerin aday göstermesine ilişkin yasağın kaldırılması da²⁷⁶ bu kurumların özgürlüklerini genişleten ve hukuk devleti açısından aynı şekilde olumlu olarak değerlendirilmesi gereken bir değişikliktir.

4121 sayılı Kanunla Anayasa'nın 135'inci maddesinin son fıkrasında da değişiklik yapılmıştır. Bu madde değiştirilmeden önce gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mahallin en büyük mülki amiri, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının organlarını geçici olarak görevden uzaklaştırabilirdi. Görevden uzaklaştırma kararı; üç gün içinde mahkemeye bildirilir ve mahkeme görevden uzaklaştırma kararının yerinde olup olmadığına en geç on gün içinde karar verirdi. Değişiklikten sonraki hükme göre ise, bu organları görevden almaya kanunla yetkili kılınmış merciin kararı 24 saat içinde görevli hakim onayına sunulur. Hakim kararını 48 saat içinde açıklar; aksi halde bu idari karar kendiliğinden yürürlükten kalkar (AY m. 135/son). Anayasa'nın 135'inci maddesinin son fıkrasında yapılan değişiklikle, idari mercilerin kamu kurumu niteliğindeki kuruluşların organlarını görevden almaya ilişkin kararlarının hakim onayına sunulması ve hakim kararını açıklama sürelerinin kısaltılması ile hukuk devleti ilkesine uygun olarak, önceye göre güvenceli bir hukuki durum yaratmıştır.

Anayasa'da 1995 yılında gerçekleştirilen değişiklikler ile Anayasa Mahkemesi'nin çalışma ve yargılama usulünün düzenlendiği 149'uncu maddeye bir cümle eklenmiştir. Buna göre Anayasa Mahkemesi siyasi partilerin temelli kapatılmasına ilişkin davalarda, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'ndan sonra kapatılması istenen siyasi partinin bir temsilcisinin de "savunması"nın dinleyecektir.²⁷⁷ Adil yargılanma hakkı kapsamında yer alan savunma hakkı (AY m. 36/1), yetkili organ önünde suç işlediği iddia edilen kişinin (burada partinin) suçu işlemediğinin veya eylemin hukuka aykırı olmadığını ya da yasal nedenlerle

²⁷⁴ www.yenianayasaicin.org/?page_id=6. 30. 11. 2010.

²⁷⁵ Günay, s. 489-490.

²⁷⁶ Parla, s. 155-156.

²⁷⁷ www.inadina.com/inadeski/sayi12/anayasa1.htm. 30. 11. 2010.

cezalandırılmayacağına veya iddia edilenden daha az cezayı hak ettiğinin ileri sürülmesidir.²⁷⁸ Anayasa değişiklikleriyle kapatılması istenen bir siyasi partiye adil yargılanma hakkı ve hukuk devletinin gereği olarak savunma hakkının tanınmış olması, hukuk devleti açısından ileri bir adım olmuştur.

Yine 1995 değişiklikleri ile Anayasa’da kooperatifçiliğin geliştirilmesi başlığını taşıyan 171’inci maddede değişikliğe gidilmiştir. Bu değişiklikle kooperatifler hakkında Anayasa’nın ilk şeklinde yer alan siyasetle uğraşmayacağı, siyasi partilerle işbirliği yapmayacağı ve devletin her türlü denetimine tabi olacağına ilişkin hükümler yürürlükten kaldırılmıştır.²⁷⁹ Kooperatifler hakkında söz konusu olan bu yasaklar, hukuk devleti ilkesine aykırı olarak bu örgütlerin özgürlüklerine aşırı şekilde sınırlar getiriyordu. Dolayısıyla bu maddede yapılan değişiklik kooperatiflerin özgürlüklerini genişleterek hukuk devletini ileri taşımıştır. Ayrıca kooperatifler kazanç paylaşma amacı güden “*özel hukuk*” tüzel kişilikleri olduğu için, devletin her türlü denetimi ve kontrolü altında olması ve siyaset yapamaması hukuk devleti açısından açıklaması zor bir durumdur. Nitelik olarak farksız olduğu, diğer özel şirketlere (örneğin komandit, anonim şirketleri gibi)²⁸⁰ ilişkin olarak söz konusu olmayan yasakların kooperatifler hakkında öngörülmesi, aynı zamanda eşitlik ilkesine de aykırılık oluşturur. Bu nedenle 171’inci madde değişikliği eşitlik ilkesi açısından da gerekli bir değişikliktir.

1982 Anayasası’nda 1995 yılında 4121 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler genel olarak hukuk devletini ileri götüren değişikliklerdir. Öncelikle Anayasa’nın başlangıç hükümlerinden 12 Eylül askeri hareketini meşrulaştıran ibarelerin çıkarılması önemlidir. Yine dernekler, sendikalar, siyasi partiler ve kooperatifler hakkında, toplu özgürlük alanlarında var olan ve neredeyse totaliter ülkelerdeki düzeye çıkan yasaklar, 1995 Anayasa değişiklikleri ile belli ölçüde hafifletilmiştir. Toplumsal örgütlerin aralarındaki dayanışma yasaklarının kalkması, sendikal haklar alanında getirilen iyileştirmeler de önem taşıyan değişikliklerdir. Yapılan bu değişikliklerle Anayasa’nın ilk şeklinin öngörmüş olduğu depolitizasyonun aşılması yönünde olumlu bir adım atılmış, böylece çoğulcu ve katılımcı demokrasinin sınırları biraz daha genişletilmiştir.²⁸¹ Bu nedenle hukuk devletinin düşük bir seviyede kabul edildiği 1982 Anayasası’nın ilk şekline göre, 1995 tarihli Anayasa değişiklikleri hukuk devletini daha üst bir seviyeye taşımış ve 1982 Anayasası’nın özgürlükleri bastırıcı düşüncesinden bir nebze de olsa uzaklaşmıştır.

²⁷⁸ Centel, Nur; Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Y., İstanbul 2008, s. 130.

²⁷⁹ Parla, s. 156.

²⁸⁰ Öztan, s. 303.

²⁸¹ Erdem, s. 157-158.

2.2.1.3. 2005 Değişiklikleri

1982 Anayasasında 29 Ekim 2005 tarih ve 5423 sayılı Kanunla Anayasa'nın 130, 160, 161, 162 ve 163'üncü maddeleri değiştirilmiştir.²⁸² Anayasa'da yapılan bu değişiklikler, Türk kamu mali yönetim ve kontrol sisteminin uluslararası standartlar ve Avrupa Birliği müktesebatına uyumunu sağlamak için gerçekleştirilmiştir.²⁸³ Bu nedenle 26.5.1927 tarih ve 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanunu'nu yürürlükten kaldıran 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile Anayasa'nın ilgili hükümleri arasında uyum sağlamak amacıyla, Muhasebe-i Umumiye Kanunu'nda yer alan kamu bütçesine ilişkin tanım ve tasniflerin Anayasa'dan çıkarılarak; yerine Kamu Mali Yönetimi ve Kontrolü Kanunu'ndaki tanım ve tasniflerin getirilmesi 5423 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliklerinin temel konusunu oluşturmaktadır.

Kamu Mali Yönetimi ve Kontrolü Kanunu ile 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanunu'nda yer alan genel ve katma bütçeler²⁸⁴ ayrımı kaldırılıyordu. Bunun yerine merkezi yönetim bütçesi, sosyal güvenlik kurumları bütçesi ve mahalli idareler bütçesi olmak üzere üç tip bütçe getiriliyordu (5018 sk. m.12). Bu Kanuna göre merkezi yönetim bütçesi, devlet tüzel kişiliğine ait olan kurumların bütçesi olan genel bütçeden ve bir bakanlığa bağlı veya ilgili olarak belirli bir kamu hizmetini görmek üzere kurulan, gelir tahsis edilen, bu gelirlere harcama yapma yetkisi verilen, kuruluş ve çalışma esasları özel kanunla düzenlenen kamu idarelerinin bütçesi olan özel bütçeden ve özel kanunlarla kurum veya üst kurul şeklinde teşkilatlanmış düzenleyici ve denetleyici kurumlar bütçesinden oluşmaktadır. Sosyal güvenlik hizmeti sunmak üzere kanunla kurulan kamu idarelerinin bütçesi sosyal güvenlik kurumları bütçesi, mahalli idare kapsamındaki kamu idarelerinin (belediyeler, il özel idareleri ve mahalli idare birlikleri) bütçeleri ise mahalli idareler bütçesidir.

Anayasa'yı değiştiren 5423 sayılı Kanunla bu doğrultuda yapılan değişikliklerin ilki Anayasa'nın 130/8 fıkrasında olmuştur. Bu maddede Anayasa değişikliği yapılmadan önce “... genel ve katma bütçelerin bağlı olduğu esaslara uygun olarak...” şeklinde olan ibare “... ”

²⁸² www.anayasa.gen.tr/1982ay.htm. 05. 12. 2010.

²⁸³ Erdem, s. 157.

²⁸⁴ Devletin genel hizmetlerini yürüten kuruluşların bütçelerine genel bütçe denir. Buna karşılık giderleri özel gelirleriyle karşılanan ve genel bütçe dışında idare edilen bütçelere katma bütçe denir. Bünyeleri itibariyle genel bütçeden farksız olan katma bütçeler de kanunla kurulur. Erginay, Akif, *Kamu Maliyesi*, Savaş Y., Ankara 1998, s. 187. Genel ve katma bütçe ayrımı daha önceki kanun döneminde geçerli olan bir tasnifti.

merkezi yönetim bütçesinin bağlı olduğu esaslara uygun olarak...” (AY m. 130/8) şeklinde değiştirilmiştir. Aynı nitelikte olan bir diğer değişiklik de Sayıştay’ın görevlerini düzenleyen Anayasa’nın 160/1 fıkrasında olmuştur. Bu maddenin değiştirilmeden önceki şeklinde *“Sayıştay genel ve katma bütçeli dairelerin...”* diye başlayan birinci fıkrası, *“Sayıştay, merkezi yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarının...”* şeklinde değiştirilmiştir. Ayrıca aynı maddeye üçüncü bir fıkra eklenerek, mahalli idarelerin hesap ve işlemlerinin denetlenmesi (AY m. 160/3) görevi de Sayıştay’a verilmiştir.

1982 Anayasası’nda 5423 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle benzer biçimde, Anayasa’nın bütçenin hazırlanması ve uygulanmasını düzenleyen 161/2 fıkrasında geçen, *“genel ve katma bütçelerinin”* ibaresi yerine *“merkezi yönetim bütçesinin”* ibaresi konmuştur. Yine Anayasanın bütçenin görüşülmesini düzenleyen 162/1-4 fıkralarında da bu doğrultuda değişiklikler gerçekleştirilmiştir. 162/1’deki *“genel ve katma bütçe tasarıları”* ibaresi yerine, *“merkezi yönetim bütçe tasarısı”* ibaresi konmuş, 162/4’de *“bakanlık ve daire bütçeleriyle katma bütçeler hakkında düşüncelerini”* ibaresi yerine ise, *“kamu idare bütçeleri hakkında düşüncelerini”* ibaresi gelmiştir. Anayasa’nın bütçede değişiklik yapılmasının esaslarının düzenlendiği 163’üncü maddesindeki, *“genel ve katma bütçelerle verilen ödenek”* ibaresi de *“merkezi yönetim bütçesiyle verilen ödenek”* ibaresi ile değiştirilmiştir.

Yasama organı tarafından yürütme organına, kamu gelirlerin toplanması ve kamu giderlerin yapılması konusunda yetkiler bahşeden, devleti alacaklı ya da borçlu konumuna sokabilen bir kanun niteliğinde olan bütçeyle²⁸⁵ ilgili olarak Anayasa’da 2005 yılında yapılan değişiklikler hukuk devletiyle doğrudan ilgili değildir. Hukuki açıdan bir yasa niteliğinde olan bütçenin hukuk devletiyle ilgili olan noktaları Anayasa’ya uygun olma, Anayasa yargısına tabi olma ve bir kanun olarak soyut, açık, genel nitelikte olma gibi, hukuk devletinde kanunların sahip olması gereken genel özelliklerdir. Anayasa’daki bütçe tanım ve tasniflerini değiştirmek amacıyla gerçekleştirilen 2005 Anayasa değişikliklerini, yasama organının takdiri çerçevesinde ve kamu hizmetlerinin daha etkin görülmesine yönelik olan ve hukuk devletiyle doğrudan bağlantılı olmayan değişiklikler olarak görmek gerekir.

²⁸⁵ Erginay, s. 163.

2.2.1.4. 2006 Değişiklikleri

1982 Anayasası'nda 13 Ekim 2006 tarih ve 5551 sayılı kanunla yapılan değişiklikle Anayasa'nın 76'ncı madde hükmünde değişikliğe gidilmiştir.²⁸⁶ Bu Anayasa değişikliği ile 76'ncı maddenin birinci fıkrasının ilk şeklinde yer alan “*Otuz yaşını dolduran her Türk milletvekili seçilebilir.*” hükmü; “*Yirmi beş yaşını dolduran her Türk milletvekili seçilebilir.*” (AY m. 76/1) şeklinde yeniden düzenlenmiştir. Anayasa'nın 76'ncı maddesinde yapılan değişiklikle milletvekili seçilebilme yaşı düşürülmüş ve böylece seçilme hakkı, bu hakkı daha çok vatandaşın kullanabilmesi imkanı sağlanmak suretiyle genişletilmiştir. Bu nedenle söz konusu değişiklik hukuk devleti açısından olumlu karşılanması gereken bir değişikliktir.

Seçme hakkının alanının genişlemesi, bu hakla ilgili olan diğer bazı hakları da dolaylı olarak etkilemiştir. Seçme hakkı (AY m. 67/1) ancak birden çok aday ya da liste arasından seçilerek kullanılabiliriyorsa gerçek anlamda kullanılıyor demektir. Bu nedenle seçilme hakkı serbest seçimlerin (seçme hakkının) önemli bir ögesidir. Tercih ya da seçim özgürlüğü, “oy”un amacının doğal uzantısı olup, seçilme hakkının güvence altına alınmasını da gerekli kılar. Günümüz demokrasilerinde ise adaylık büyük ölçüde siyasi parti olgusu çerçevesinde işlev kazanmaktadır. O halde seçilme hakkı siyasi parti özgürlüklerini (AY m. 68) de kapsamı içerisine almaktadır.²⁸⁷ Bu görüşler doğrultusunda Anayasa'nın 76'ncı maddesinde 2006 yılında yapılmış olan milletvekili seçilme yaşının aşağı çekilmesine ilişkin değişiklik, seçilme hakkıyla yakından ilgili olan seçme hakkı ve siyasi partilerle ilgili diğer özgürlüklerin kapsamını dolaylı olarak hukuk devleti düşüncesine uygun bir biçimde genişletmiştir.

Anayasa'nın 76'ncı maddesinde seçme yaşını yirmi beş olarak düzenleyen değişiklik, Cumhuriyet'in temel niteliklerinden olan demokratik devlet ilkesiyle de yakından ilgilidir. Çünkü demokrasilerde, halk adına karar verme yetkisine sahip olan temsilciler seçimle işbaşına gelmektedir. Bu seçimlerde azınlıkta kalanlar ise çoğunluğu denetlemek ve uyarmakla görevli ve ileride iktidara gelme ihtimali olan muhalefeti oluşturacaktır.²⁸⁸ Demokrasinin temel mekanizması olan seçilme hakkının daha fazla yurttaş tarafından kullanılması demokratik ilkelerle de uyumlu bir değişiklik olmuştur. Seçme, seçilme, siyasi faaliyetlerde bulunma gibi demokratik katılım hakları hukuk devletinin bir parçasıdır. Çünkü

²⁸⁶ www.anayasa.gen.tr/1982ay.htm. 05. 12. 2010.

²⁸⁷ Kaboğlu, 1998, s. 245.

²⁸⁸ Tanilli, s. 44-45.

hukuk devleti siyasi açıdan olgun bir halkın, kendi kendini sınırladığı bir düzendir.²⁸⁹ Bu nedenle demokratik hak ve özgürlüklerin ve demokratik katılım olanaklarının önünün açılması, -daha önce belirtildiği gibi- dolaylı olarak da hukuk devletine de katkı sağlayacaktır.

2.2.1.5. 2007 Değişiklikleri

1982 Anayasası'nda 10 Mayıs 2007 tarih ve 5659 sayılı kanunla geçici bir madde (AY geçici m. 17) eklenmiştir. Söz konusu geçici madde hükmü şu şekildedir: *“Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra yapılacak ilk genel seçimde, Anayasanın 67’nci maddesinin son fıkrası 10.6.1983 tarihli ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun bağımsız adayların birleşik oy pusulasında yer almasına ilişkin hükümleri bakımından uygulanmaz.”* (5659 sk. m.1)²⁹⁰ Anayasa'nın 67'nci maddesinin son fıkrası seçim kanunlarında yapılan değişikliklerin, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmayacağını öngörmektedir. Böylelikle 2007 yılında Anayasa'ya eklenen geçici 17'inci madde ile milletvekili genel seçimlerine bağımsız olarak katılan adayların, 1 yıl içinde yapılacak olan seçimlerde birleşik oy pusulasında yer almasına ilişkin yasa hükümlerinin Anayasa'nın 67/son fıkrası uyarınca uygulanmaması söz konusu olmayacak, bağımsız adaylar birleşik oy pusulasında yer alabilecekleridir.

Hukuk devletinin bireyler için sağladığı koruma, kanunların genel nitelikte olması ve hakimlerle, idari makamların bu genel kurallardan hareketle yaptığı özel ve somut uygulamalar arasındaki ayırmadan kaynaklanmaktadır.²⁹¹ Bu nedenle hukuk devletinde kurallar (kanunlar) bireysel işlemlerin aksine açık, genel, nesnel, olmalı; bunlar belli kişi ve durumlara özgü olmamalıdır. 2007 yılında Anayasa'ya eklenen geçici on yedinci maddenin ise bu niteliği taşıdığını söylemek güçtür. Geçici on yedinci madde 1 yıl içinde uygulanacak seçimlere ilişkin genel kural olan Anayasa'nın 67/son fıkrasından ayrık ve belli bir duruma ilişkin özel bir hüküm içermekle hukuk devletinde, normların genel olması gereğine aykırılık teşkil etmektedir. Bu özel nitelikteki hükmün temel haklardan birisi olan seçilme hakkıyla ilgili olması, söz konusu geçici maddenin hukuk devleti açısından taşıdığı sakıncalarını daha da arttırmakta ve hukuk devletine aykırı olarak bu tarz özel düzenlemelerin önünü açmaktadır.

²⁸⁹ Ökçesiz, 1999, s. 27.

²⁹⁰ Resmî Gazete, 18 Mayıs 2007, Sayı 26526.

²⁹¹ Schmitt, Carl, “Liberal Hukuk Devletinin İlkeleri ve Hukuk Devletinde Kanun Kavramı”, *Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir ideal*, Adres Y., Ankara 2008, s. 141.

1982 Anayasası'nda 31 Mayıs 2007 tarih ve 5678 sayılı Kanunla²⁹² yapılan değişiklikle ise, Anayasanın 77, 79, 96, 101 ve 102'inci maddeleri değiştirilmiştir. 5678 sayılı Kanun ayrıca 21 Ekim 2007 tarihli halkoylamasıyla da onaylanmıştır. Halkoylamasının kesin sonuçları, 31 Ekim 2007 tarih ve 26666 sayılı Resmi Gazetede, Yüksek Seçim Kurulu'nun 30 Ekim 2007 tarih ve 873 sayılı kararıyla yayımlanmış ve değişiklik bu tarihte, yani 30 Ekim 2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir.²⁹³

1982 Anayasası'nda 5678 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle Anayasa'nın 77/1 fıkrası, "*Türkiye Büyük Millet Meclisinin seçimleri dört yılda bir yapılır.*" şeklinde değiştirilmiş (5678 sk. m.1) ve beş yıl olan milletvekili genel seçimi süresi dört yıla indirilmiştir. Anayasa'nın 77'nci maddesinde yapılan bu değişiklik daha önce 5 yıllık bir süre için görev yapan TBMM üyeleri, artık bu görevlerini dört yılın sonunda tamamlayacaklardır. TBMM'nin görev süresine ilişkin olarak gerçekleştirilen bu değişiklik Türkiye'nin uygulamadaki gerçeklerine uygun olmasına rağmen²⁹⁴, hukuk devletiyle doğrudan ilgili değildir.

1982 Anayasası'nda 2007 Anayasa değişiklikleriyle Anayasa'nın seçimlerin genel yönetim ve denetimini düzenleyen 79'uncu maddesinde yapılan değişiklikler ise, bu maddenin ikinci fıkrasına "*seçim tutanakları*" ibaresinden sonra gelmek üzere "*Cumhurbaşkanlığı seçim tutanaklarını*" ibaresinin ve son fıkrasına da "*halkoyuna*" ibaresinden sonra gelmek üzere "*Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi*" ibaresinin eklenmesi olmuştur (5678 sk. m. 2). Anayasa'nın 79'uncu maddesinde yapılan bu değişiklikler, Cumhurbaşkanı seçim usulünü değiştiren Anayasa'nın 101 ve 102'nci maddelerine paralel olarak Yüksek Seçim Kurulu'nun görevlerinin yeniden belirlenmesine yöneliktir. Yine Anayasa'nın TBMM'nin toplantı ve karar yeter sayısını düzenleyen 96'ncı maddesinin birinci fıkrası da 2007 yılında, 5678 sayılı Kanunla değiştirilmiştir. Bu değişiklik "*TBMM'nin, yapacağı seçimler dahil bütün işlerinde üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanacağı*" (AY m. 96/1) hükmü getirilmiş (5678 sk. m. 3) ve TBMM'nin başka bir toplantı yeter sayısı ile toplanabilmesinin önü kapatılmıştır. Böylelikle Anayasa'da TBMM için genel nitelikte ve her birleşim için geçerli bir toplantı yeter sayısı öngörülmüştür. Anayasa'nın 79 ve 96'nci maddelerinde gerçekleştirilmiş olan bu değişikliklerin hukuk devleti ile doğrudan ilgili olmadığı söylenebilir.²⁹⁵

²⁹² Resmî Gazete, 16 Haziran 2007, Sayı 26554.

²⁹³ www.anayasa.gen.tr/1982ay.htm. 15. 12. 2010.

²⁹⁴ Kaboğlu, 2010, s. 138.

²⁹⁵ 11'nci Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde, Cumhurbaşkanı seçimlerine devam edebilmek için gerekli olan toplantı yeter sayısının Anayasa'nın 96'ncı maddesi hükmüne göre mi; yoksa Anayasa'nın 102'nci maddesi hükmüne göre belirlenmesi gerektiği, o dönemde tartışmalara yol açmış ve bu konu Anayasa Mahkemesi'ne

1982 Anayasası'nda 2007 yılında yapılan değişiklikle Anayasa'nın Cumhurbaşkanı'nın tarafsızlığı ve nitelikleri ile ilgili 101'inci maddesinde de değişikliğe gidilmiştir. Anayasa'nın 101'inci maddesinin ilk fıkrasında yapılan değişiklikle Cumhurbaşkanı'nın TBMM üyeleri tarafından seçilmesi yerine, halk tarafından seçilmesi esası (AY m. 101/1) benimsenmiştir. Yine Cumhurbaşkanı'nın 7 yıllık bir süre için seçileceği hükmü ve bir kimsenin iki defa Cumhurbaşkanı seçilemeyeceğine ilişkin hükümler 101'inci maddeden çıkartılmış, bunların yerine maddeye eklenen ikinci fıkra ile Cumhurbaşkanı'nın görev süresinin beş yıl olduğu ve bir kişinin en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebileceği (AY m. 101/2) düzenlemeleri getirilmiştir (5678 sk. m. 4).

Anayasa'nın değiştirilmeden önceki 101'inci maddesine göre TBMM üyeleri diğer koşulları sağlamak şartıyla, Cumhurbaşkanlığı'na tek başına adaylıklarını koyabilirlerken, Anayasa değişikliklerinden sonra aday olabilmek için yirmi milletvekilinin yazılı teklifi (AY m. 101/3) gerekli olmuştur. Buna karşılık TBMM dışından Cumhurbaşkanlığı'na aday olabilmek için eski hükme göre gerekli olan yazılı teklif sayısı TBMM'nin üye tamsayısının beşte birinden (110 milletvekili), yirmi milletvekiline (AY m. 101/3) indirilmiştir. Son milletvekili genel seçimlerinde aldıkları oylar toplamı yüzde onu geçen siyasi partilerin ortak aday gösterebileceği hükmü de (AY m. 101/3) yeni bir fıkra olarak Anayasa'ya girmiştir (5678 sk. m. 4). Kamusal nitelikte bir görev olan Cumhurbaşkanlığı'na aday olabilmek ve bu göreve gelebilme, kamu hizmetlerine girme hakkı (AY m. 70) kapsamında değerlendirilecek bir haktır. Dolayısıyla bu maddedeki değişikliklerden, Cumhurbaşkanlığı adaylığının koşullarını kolaylaştıranları hukuk devleti açısından olumlu, zorlaştıranları ise olumsuz olarak değerlendirilebilir. Bu nedenle özellikle Cumhurbaşkanlığı'na aday olacak TBMM üyeleri için getirilen yirmi milletvekilinin yazılı teklifi zorunluluğunu, hukuk devleti ve de demokrasi açısından olumsuz bir düzenleme olarak nitelendirmek mümkündür.

Cumhurbaşkanı'nı TBMM yerine halkın seçmesi konusunda tartışılması gereken husus ise; Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilmesinin ülkemiz açısından hukuken başkanlık sistemi²⁹⁶ olmasa da bir yarı başkanlık sistemine yönelik olup olmadığıdır? Yine eğer bir yarı başkanlık sistemine yönelik söz konusu ise, bu durumun hukuk devletine etkileri nasıl olacaktır? Yarı başkanlık sistemi, devlet başkanının doğrudan doğruya halk tarafından

taşınmıştı. Bu konuya 102'nci madde kapsamında tekrar dönüleceği için tekrar olmaması amacıyla burada ayrıca değinilmemiştir.

²⁹⁶ Başkanlık sistemi yasama ve yürütme kuvvetlerin birbirinden kesin ve sert biçimde ayrıldığı, yasama ve yürütme organlarının ayrı ayrı seçildiği ve bu organların hukuksal olarak eşit güçte olup birbirlerinin görevlerine son veremediği bir hükümet sistemidir. Bu sistemde tek başlı olan yürütmenin başı doğrudan doğruya halk tarafından seçilen başkandır ve bu kişi aynı zamanda devlet başkanıdır. Dikici, s. 30.

seçildiği ve bakanlar kurulu ile bakanların meclise karşı siyasi sorumluluklarının olduğu bir hükümet sistemine karşılık gelir.²⁹⁷ Yarı başkanlık sisteminin, parlamenter sisteme göre belirleyici özelliği, devlet başkanının üstün konumudur. Cumhurbaşkanı yürütmenin itici gücü, gerçek başıdır. Bu sistemde devlet başkanı önemli yetkilerle donatılmıştır. Bunlardan bir kısmı parlamenter rejimlerde olan yetkiler, bir kısmı ise bunu aşan ve yarı başkanlık sistemine ilişkin olan yetkililerdir.²⁹⁸

1982 Anayasası'nın 101'inci maddesinde yapılan değişiklik sonucu Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilmesinin öngörülmesiyle, hükümet sistemi olarak yarı başkanlık sistemine doğru bir yönelme olduğunu kabul etmek gerekir. Bu konuda 1982 Anayasası'nın Cumhurbaşkanı'nın yetkilerini zaten çok geniş tuttuğu, bu nedenle Anayasa değişiklikleri sonucu Cumhurbaşkanı'nı halkın seçmesiyle birlikte, artık sistemimizin yarı başkanlık sisteminin asgari özelliklerini taşıyan bir nitelik aldığı ifade edilmiştir.²⁹⁹ İkinci soruya dönersek hukuk devletinin gerekleri yarı başkanlık sistemiyle de bağdaşabilir. Örneğin yarı başkanlık sisteminin uygulandığı bir ülke olan Fransa'da³⁰⁰ hukuk devleti ilkesi geçerlidir. Buna karşılık yarı başkanlık sisteminin hukuk devleti için arz ettiği tehlikeler, ülkemiz açısından hukuki olmaktan çok siyasi, kültürel, sosyal vb. boyutlara sahiptir. Asırlar boyu monarşik bir devlet yapısıyla yönetilen ülkemizde oluşan yüz yılı aşkın bir parlamenter sistemin evrimi sürecini, yarı başkanlık sistemi ile geri çevirmek, seçmenler ve siyasal gruplar arasındaki çatışmayı derinleştirecek, sonu belirsiz bunalımlara yol açabilecek ve tek adam diktatörlüğüne kayışa bile neden olabilecektir.³⁰¹

1982 Anayasası'nda 2007 yılında yapılan değişikliklerle, Cumhurbaşkanlığı seçimini düzenleyen 102'inci madde de değişikliğe gidilmiştir. Anayasa'nın 102'inci maddesinde yapılmış olan değişikliklerden ilki Cumhurbaşkanı seçiminin hangi süre içinde gerçekleşeceğine ilişkin olan ve hukuk devletiyle doğrudan bağlantılı olmayan bir değişikliktir. Bu süre Cumhurbaşkanı'nın gerek görev süresinin dolması, gerekse boşalma hallerinde önceki hükme göre arttırılarak, 60 güne çıkarılmıştır (5678 sk. m. 5).

Anayasa'da 2007 yılında yapılan değişikliklerle 102'nci maddede, Cumhurbaşkanı'nın TBMM tarafından üye tamsayısının üçte iki çoğunluğunun gizli oyu ile seçileceğine ilişkin hüküm yürürlükten kaldırılmış, yerine Cumhurbaşkanı'nın seçmenler tarafından ve genel oyla

²⁹⁷ Dikici, s. 31.

²⁹⁸ Gözübüyük, 2003, s. 42-43.

²⁹⁹ Sezginer, Murat, *Günümüz Demokrasilerinde Kuvvetler İlişkisi ve 1982 Anayasasında Sorunlar*, Seçkin, Y., Ankara 2010, s. 82.

³⁰⁰ Gözübüyük, 2003, s. 42.

³⁰¹ Kaboğlu, *Anayasa ve Toplum*, İmge Kitabevi, Ankara 2000, s. 67.

seçileceği kuralı getirilmiştir. 102'nci maddenin yeni düzenlemesine göre Cumhurbaşkanı seçimlerinin ilk oylamasında salt çoğunluğu alan aday Cumhurbaşkanı seçilmiş olur. Eğer adaylardan hiçbiri salt çoğunluğu sağlayamazsa, bu oylamayı izleyen ikinci pazar günü, en çok oyu almış iki adayın katıldığı oylamada geçerli oyların çoğunluğunu alan aday Cumhurbaşkanı seçilmiş olur (AY m. 102/2). Anayasa'nın 102'inci maddesine eklenen üçüncü fıkra hükmü ise Cumhurbaşkanlığı oylamasında adayların birinin ölmesi ya da seçilme yeterliliğini kaybetmesi veya oylamaya tek adayla gidilmesi durumlarında ne yapılması gerektiğini düzenlemektedir (5678 sk. m. 5).

1982 Anayasası'nda 31 Mayıs 2007 tarih ve 5678 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önce TBMM'nin 27. 4. 2007 tarih ve 96'ncı birleşiminde, 11'inci Cumhurbaşkanı seçimi ile ilgili birinci oylamaya geçmeden önce toplantı yeter sayısının, Anayasa'nın 96'ncı maddesine göre (184 milletvekili) belirlediği kararı tartışmalara yol açmıştı. Meclisin bu kararına karşı çıkanlar, Anayasa'nın "*Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir...*" şeklindeki 102/1 hükmünün Cumhurbaşkanlığı seçimi için özel bir toplantı yeter sayısı öngördüğünü savunmuşlardır. Bu görüşü savunanlara göre Anayasa'nın eski 96/1 fıkrasına göre, Anayasa'da başka bir hüküm varsa farklı bir toplantı yeter sayısı veya karar yeter sayısı kabul edilebilir. Çünkü 96'ncı maddenin eski şeklinde geçen "*Anayasada, başkaca bir hüküm yoksa ibaresi*" hem toplantı hem de karar yeter sayısını kapsamaktadır.³⁰² Yine bu görüştekilere göre Anayasa, partiler üstü ve tarafsız bir denge unsuru olma özelliğinden dolayı geniş bir uzlaşma ile Cumhurbaşkanı'nın seçilmesini istemiştir. Bunun için Anayasa'nın 96/1 fıkrasında geçen meclis üye tamsayısının üçte biri oranındaki toplantı yeter sayısı yerine, Anayasa tarafından nitelikli bir toplantı yeter sayısı (AY m. 102/1) öngörülmüştür.³⁰³

Anayasa'nın 102/1 fıkrasının Cumhurbaşkanlığı seçimi için ayrı bir toplantı yeter sayısı öngördüğünü savunanlara göre, 102'nci maddenin birinci fıkrasında geçen "*üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu*" ibaresi, üçüncü fıkrada geçen karar yeter sayılarından "*salt çoğunluğu*" karşılamadığı için, birinci fıkradaki üçte iki çoğunluğun, karar yeter sayısından başka bir anlamı olmalıdır. Bu üçte iki çoğunluğun anlamı ise, Cumhurbaşkanlığı seçimlerin bütün oylamaları için geçerli olan ve Meclis üye tamsayısının üçte ikisi oranında bir toplantı yeter sayısıdır. Eğer bu oran karar yeter sayısı olsaydı, üçüncü ve dördüncü oylamalarda Cumhurbaşkanı seçilebilecek çoğunluk olan salt çoğunluğun da 102'nci maddenin birinci fıkrasında karar yeter sayısı olarak belirtilmesi gerekirdi. Bu nedenle buradaki üçte iki

³⁰² Sezginer, s. 91.

³⁰³ Sezginer, s. 93.

çoğunluk ibaresinin ayrı bir anlamı olmalıdır. Aksi halde üçte iki çoğunluk ibaresi Anayasa'ya gereksiz bir şekilde konmuş olacaktır. Bir hukuk devletinde Anayasa koyucu abesle iştilal edemeyeceğine göre Anayasa'nın 102/1 fıkrasında belirtilen üçte iki çoğunluğun anlamı, Cumhurbaşkanlığı seçiminin her bir turu için geçerli karar yeter sayısıdır. Dolayısıyla Anayasa'nın 102/1 hükmü ayrı bir toplantı yeter sayısı öngördüğünden, Anayasa'nın 96/1 fıkrasında yer alan genel toplantı yeter sayısının Cumhurbaşkanlığı seçiminde uygulanması hukuka uygun olmamıştır. Bu nedenle Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin ilk oylamasına ilişkin olarak, Meclis üye tamsayısının üçte birini toplantı yeter sayısı olarak yeterli gören Meclis kararının iptal edilmesi gerekir.³⁰⁴

Buna karşılık Cumhurbaşkanlığı seçiminde toplantı yeter sayısının Anayasa'nın 96'ncı maddesi hükmüne göre belirlenmesi gerektiği de savunulmuştur. Bu görüşü savunanlardan Anayasa Mahkemesi üyelerinden Haşim Kılıç'ın görüşleri özetle şöyledir: Anayasa'nın 96'ncı maddesi tamamen farklı kavramlar olan toplantı ve karar yeter sayılarını açıkça ayırmakta ve bu iki kavram maddenin başlığında ayrı ayrı zikredilmektedir. Eski 96'ncı maddeye göre *"Anayasada başkaca bir hüküm yoksa TBMM üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır ve toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir; ancak karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz."* Anayasa'da karar yetersayısı olarak çeşitli maddelerde nitelikli karar yeter sayıları öngörülmesine rağmen (örneğin 84, 87, 99, 102, 111, 175); toplantı yeter sayısı ile ilgili olarak hiçbir özel ya da nitelikli hüküm öngörülmemiştir. Anayasa'nın 96'ncı maddesinde belirtilen istisnai hüküm sadece karar yeter sayısını kapsamaktadır. Bu durumda Anayasa'da başkaca bir hüküm bulunmadığına göre Cumhurbaşkanı seçimi dahil her konuda Anayasa'nın 96/1 fıkrası hükmüne göre, TBMM üye tamsayısının üçte biri olan 184 milletvekili ile toplanılabilecektir.³⁰⁵

Yine 102'nci maddede Cumhurbaşkanı seçimi için ayrı bir toplantı yeter sayısı belirtilmediğini düşünen Özbudun'a göre Türkiye'de her Anayasa bir önceki Anayasa'ya tepki olarak doğmuş ve bir önceki Anayasa dönemindeki sorunlara çözüm aramıştır. Dolayısıyla 1961 Anayasası döneminde Cumhurbaşkanı'nın seçilememesine ilişkin olarak meydana gelen sorunların 1982 Anayasası'nda çözümlenmemiş olması düşünülemez. Bu nedenle Cumhurbaşkanı seçimini zorlaştıracak bir toplantı yeter sayısını (TBMM üye tamsayısının üçte ikisi) kabul eden bir yorum, Anayasanın lafzi ve amaçsal yorumlarıyla

³⁰⁴ Sezginer, s. 154-155.

³⁰⁵ Buna karşılık, toplantı yeter sayısı ile ilgili olarak Anayasa'da istisnai ve özel bir hükmün olmamasının, Anayasa'nın 102'nci maddesinde yer alan hükmün ayrı bir toplantı yeter sayısı olarak kabul edilmemesinin gerekçesi olamayacağı ifade edilmiştir. Sezginer, s. 93.

bağdaşmaz. Erdoğan ise Anayasa Mahkemesi'nin 367 kararının Cumhurbaşkanı'nın seçilmesine değil seçilmemesine yönelik bir karar olduğunu, Anayasa'nın 102'nci maddesinin ise Cumhurbaşkanı'nın mutlak olarak seçilmesi yönünde kurgulandığını belirtmiştir.³⁰⁶

Anayasa Mahkemesi'nin görüşü ise Cumhurbaşkanlığı seçiminde 102'nci maddenin ayrı bir toplantı yeter sayısı öngördüğü yönünde olmuştur. Böylece Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanı seçimine ilişkin Meclis birleşimlerinde Anayasa'nın 96'ncı maddesine göre Meclis üye tam sayısının üçte biri oranında bir toplantı yeter sayısı değil, 102'nci maddeye göre üye tamsayısının üçte ikisi oranında, nitelikli bir toplantı yeter sayısı aramıştır. Cumhurbaşkanı seçiminin Anayasa'nın 96'ncı maddesine göre yapılmasına ilişkin bir Meclis kararı, aynı zamanda TBMM içtüzüğünün 121'inci maddesi ile de bağdaşmamaktadır. Çünkü içtüzüğün 121'inci maddesinde Cumhurbaşkanı seçiminin Anayasa'nın 102'nci maddesine uygun olarak yapılacağı hükmü vardır. Ancak TBMM'nin Cumhurbaşkanı seçimine ilişkin 96'ncı birleşiminde 102'nci maddeye aykırı olarak 96'ncı maddedeki genel toplantı yeter sayısı uygulanmıştır.³⁰⁷ Bu nedenle söz konusu Meclis kararı ve uygulaması TBMM içtüzüğünün 121'inci maddesine aykırılıktan dolayı (AY m. 102/1'e aykırı olduğu için) eylemli bir içtüzük değişikliği oluşturduğu için Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir.³⁰⁸

Anayasa Mahkemesi'nin TBMM'nin Cumhurbaşkanlığı seçimine ilişkin olarak toplantı yeter sayısını Anayasa'nın 96'ncı maddesi hükmüne göre belirlediği kararını iptal etmesi ve 102'nci maddede ayrı bir toplantı yeter sayısı kabul etmesi, Anayasa'da olmayan yeni bir norm yarattığı nedeniyle Anayasa Mahkemesi'nin yasama organının yerine geçerek, yasama organının yetkilerini üstlendiği (fonksiyon gaspı) eleştirilerine yol açmıştır. Buna göre Anayasa Mahkemesi bu kararında Anayasa'nın 148 ve 153'üncü maddelerine aykırı biçimde, kanun koyucu yerine geçerek karar vermiştir. Böylece Anayasa Mahkemesi bu kararıyla Anayasa'nın 6'ncı maddesinde ifade edilen "*Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.*" hükmüne aykırı davranmıştır³⁰⁹. Bu düşünceden hareketle bir yargı organı olan Anayasa Mahkemesi'nin, yorum yoluyla Anayasa'da yeni bir kural oluşturarak, kural yaratmaya yetkili olan TBMM'nin yerine geçtiği ve Anayasa'nın başlangıç bölümünde düzenlenen ve hukuk devletinin de bir gereği olan kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı davrandığı sonucu çıkmaktadır.

³⁰⁶ Tekir, Akkaş, s. 196-197.

³⁰⁷ Sezginer, s. 157-158.

³⁰⁸ Anayasa Mahkemesi, E, 2007/45, K. 2007/54, t. 01. 05. 2007, (Aktaran) Sezginer, s. 165.

³⁰⁹ www.hisse.net/forum/showthread.php?t=47796&page=3. 15. 12. 2010.

Ancak söz konusu kararın hukuk devletinin bir gereği olan kuvvetler ayrılığı ilkesi ihlali niteliği taşıyıp taşımadığı, Anayasa'nın ilgili maddelerinin kaleme alınış biçimi dikkate alınarak yanıtlanmalıdır. Buna göre 1982 Anayasası'nın bu maddeleri (96 ve 102'nci maddeler) yeterli açıklıkta olan düzenlemeler değildir. Bu düzenlemeler farklı yorumlara ve tartışmalara neden olabilecek şekilde muğlak, açık olmayan ve belirsiz ifadelerle kaleme alınmıştır. Bu nedenle Anayasa maddeleri bu tür tartışmaların ve farklı yorumların kaynağıdır.³¹⁰ Gerçekten de Anayasa'nın değiştirilmeden önceki 102/1 fıkrasında yer alan Meclis üye tamsayısının üçte ikisi oranındaki çoğunluğun ne anlama geldiği, -hukuk devletinde kuralların olması gerektiğinin aksine- yeterli açıklık, anlaşılabilirlik ve belirlilikle kaleme alınmamıştır. Dolayısıyla farklı yorumlara yol açabilecek bir maddeden dolayı Anayasa Mahkemesi için kendi yetkisini aşır, yasama organının yetkilerini kullandığı, bir fonksiyon gaspı ve kuvvetler ayrılığı ihlali yarattığı sonucu çıkarılmamalıdır. Anayasa Mahkemesi tartışılabilir bir karar vermekle beraber, yine de bu kararı yargı yetkisi içerisinde kalarak vermiştir. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu bu karar, maddelerin yazılış biçimi de dikkate alındığında, kuvvetler ayrılığı ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesinin bir ihlali niteliğinde değildir.

2007 yılında 5678 sayılı Anayasa'da değişiklik yapan kanunla, Anayasa'ya ayrıca iki tane de geçici madde eklenmiştir. Bunlardan geçici 18'inci maddeye göre Cumhurbaşkanlığı seçimleri için çıkarılan seçim kanunları ve bu kanunlarda yapılacak değişiklikler bakımından Anayasa'nın 67/son fıkrası uygulanmayacaktır. Yani Cumhurbaşkanlığı seçim kanunlarında yapılan değişiklikler ve Cumhurbaşkanlığı seçimi hakkında yeni çıkarılan kanunlar, bir yıl içerisinde gerçekleşen seçimlerde uygulanabilecektir. Yine 5678 sayılı kanunla eklenen geçici 19'uncu madde ile de 11'inci Cumhurbaşkanı'nın seçim usulü düzenlenmiştir (5678 sk. m. 6). 16 Ekim 2007 tarih ve 5697 sayılı Anayasa değişikliğini öngören kanunla ise, 5678 sayılı Anayasa'da değişiklik yapılmasına ilişkin Kanunun 6'ncı maddesiyle, 1982 Anayasası'na eklenen geçici 18'inci madde ve geçici 19'uncu madde hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır. Anayasa'nın uygulanmakla tükenen geçici 18 ve 19'uncu maddelerin³¹¹ hukuk devleti ilkesine çok önemli etkileri de olmamıştır.

Anayasa'da 2007 yılında yapılan değişikliklerden hukuk devleti açısından en dikkate değer olanı Cumhurbaşkanı'nın TBMM Genel Kurulu tarafından seçilmesi yerine, halk tarafından genel oyla seçilmesini öngören değişikliktir. Bu değişiklikle hükümet sistemimizin yarı başkanlık sistemine dönüştüğü şeklinde görüşler ileri sürülmüştür. Yarı başkanlık sisteminin

³¹⁰ Sezginer, s. 90.

³¹¹ Kaboğlu, s. 139.

ise ülkemizin hukuk devleti gelişimine ne tür bir etkide bulunacağı ise uygulama ile birlikte ve süreç içersinde belli olacaktır. Kuşkusuz yarı başkanlık sisteminin ülkemiz için hukuk devletine etkileri hukuki faktörlerden daha çok -ve belki de tamamen- hukuk dışı faktörlerle belirlenecektir. Bu anlamda yarı başkanlık sisteminin ülkemizdeki toplumsal sınıflar ve siyasi, sosyal ve ekonomik gruplar arası yeni çatışmalara yol açıp açmayacağı ya da tek adam yönetimine götürüp götürmeyeceği, sosyal gruplar ve sınıflar arasındaki uzlaşmaya ve uzlaşmanın derecesine bağlı olarak belirlenecektir.

2.2.2. Hukuk Devleti İle Doğrudan İlgili Olan Anayasa değişiklikleri

2.2.2.1. 1993-2002-2005 Değişiklikleri ve İfade Özgürlüğü

8 Temmuz 1993 tarih ve 3913 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 133'üncü maddesinde değişikliğe gidilmiştir. Bu değişiklikle Anayasa'ya "*Radyo ve televizyon istasyonları kurmak ve işletmek kanunla düzenlenecek şartlar çerçevesinde serbesttir.*" (AY m. 133/1) fıkrası eklenmiştir. Böylelikle radyo ve televizyon istasyonları kurma ve işletme yetkisi devletin tek elinden çıkartılarak, özel kişi ve kurumlara kanunla düzenlenecek esaslar çerçevesinde bu alanda faaliyette bulunabilme olanağı tanınmıştır. Anayasa'nın 133'üncü maddesinde bu tarihte yapılan bir diğer değişiklik ise, "*Devletçe kamu tüzelkişiliği olarak kurulan tek radyo ve televizyon kurumu ile kamu tüzelkişilerinden yardım gören haber ajanslarının özerkliği ve yayınlarının tarafsızlığı esastır.*" hükmünün getirilmiş olmasıdır.³¹² Böylelikle Anayasa'daki tarafsızlık kavramına ek olarak özerklik kavramı, ilgili kurumlar için anayasal bir kural haline getirilmiştir.

Anayasa'nın 133'üncü maddesinde 1993 yılında yapılan bu değişiklik çeşitli temel hak ve özgürlükleri genişleten bir değişiklik olmuştur. Bu özgürlüklerden birisi Anayasa'nın 48/1 fıkrasında düzenlenen teşebbüs (girişim) özgürlüğüdür. Girişim özgürlüğü kişinin tercihine göre teşebbüsler kurabilmesini ve dilediği mesleki faaliyete girebilmesini ifade eder. İkinci olarak da seçilen bu faaliyetin yürütülebilmesi ve işletilebilmesinin devamını gerektirir. Anayasa'nın 133'üncü maddesinde yapılan değişiklikle özel kişi ve kurumların ekonomik bir sektör olan radyo ve televizyon işletmeciliği alanına girmesiyle, Anayasa'nın 48'inci maddesinde düzenlenen girişim özgürlüğünün kapsamı genişleyecektir. Girişim özgürlüğü,

³¹² Gören, Zafer, *Anayasa ve Sorumluluk*, Dokuz Eylül Üniversitesi Y., Ankara 1995, s. 25.

herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüklerine sahip olmasının doğal bir uzantısıdır.³¹³ Bu nedenle girişim özgürlüğünün kapsamının genişlemesi, dolaylı olarak çalışma ve sözleşme özgürlüklerinin genişlemesi anlamını taşıyacaktır.

Anayasa'nın 133'üncü maddesinde 1993 yılında yapılan değişiklik temel hak ve özgürlükler açısından en önemli etkisini düşünce³¹⁴ ve ifade özgürlüğü alanında doğurmuştur. Düşünce özgürlüğü "*insanların serbestçe düşünce ve bilgilere ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına ya da başkalarıyla birlikte serbestçe açıklayabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi*" olarak tanımlanabilir. Tanımından da anlaşıldığı gibi düşünce özgürlüğü ifade özgürlüğünü doğal olarak içermekte, her iki özgürlüğün kullanılması diğerini zorunlu olarak gerekli kılmakta; bu iki özgürlük arasında içsel bir bağ bulunmaktadır.³¹⁵ Bu şekilde radyo ve televizyon yayıncılığının özel kesim faaliyetlerine açılmasıyla düşünce özgürlüğünün önündeki engeller kaldırılarak, toplu iletişim araçlarında tek sesliliğe son verilip, çoğulcu ve özgürlükçü demokrasi yönünde önemli bir adım atılmıştır.³¹⁶ Ancak düşünce ve ifade özgürlüğünün kullanılabilmesi için bazı maddi şartların varlığı gereklidir. Öncelikle düşüncenin oluşumuna kaynaklık eden haber, bilgi ve belgelere ulaşma olanaklarının, yani bilgi edinme hakkının (enformasyon hakkı) kullanılabilmesi gerekir.³¹⁷ Düşünme yetisi insan beyninin dış dünyanın topladığı algılar sonucu oluşur. Eğer bu girdiler sınırlıysa düşünme etkinliği de sınırlı olacak düşüncede yanılğı payı o denli yüksek olacaktır.³¹⁸ Düşünce ve ifade özgürlüğü açısından diğer bir önemli nokta üretilen düşüncelerin bilgi edinme hakkı kapsamında başkalarına aktarılabilmesi, yayılabilmesi (düşüncenin açıklanması) için uygun ve elverişli araçların bulunmasıdır.

³¹³ Kaboğlu, s. 260. Ancak bu tür yayın kuruluşlarına diğer kar amacı güden şirketler gözüyle de bakılmamalı, bu kuruluşlara özel hukuka ilişkin yapılanma şekilleri (şirketler hukuku) kendine özgü amaçları dikkate alınarak daha farklı şekilde uygulanmalıdır. Bu kuruluşların özerklikleri korunmalı, temsil açısından yeterli garantiyi sağlayan özel bir hukuki yapıya tabi olması sağlanmalı, devlet denetimine tabi olabilmeli ve toplumdaki önemli güçleri yansıtan ve bunlara eşit uzaklıkta olan bir yapıya sahip olmalıdır. Gören, 1995, s. 26-27.

³¹⁴ Düşünce bir şey, kimse, olay veya sorun hakkında zihinsel olarak hüküm kurmak, görüş sahibi olmak, vaziyet almak, değerlendirmede veya mütalaada bulunmak ve bunları dış dünyaya söz, yazı, resim gibi araçlarla yansıtmaktır. Özbek, Veli, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı*, Seçkin Y., Ankara 2008, s. 751-752.

³¹⁵ Düşünce özgürlüğünün koruma alanında değer yargıları ve doğruluğu kanıtlanmış olgular vardır. Değer yargılarının ve düşüncelerin yayılması bunların değerli ya da değersiz, doğru ya da yanlış, duygusal ya da rasyonel olup olmadığına bakılmaksızın hukuken korunurlar. Değer yargısı içermeyen olgular ise ancak doğru olması halinde düşünce ve ifade özgürlüğünün korumasından yararlanabilir. Yanlış, gerçeğe uymayan olgu iddiaları bu korumadan yararlanamaz. Kanadoğlu, Korkut, *Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması*, Beta Y., İstanbul 2000, s. 46.

³¹⁶ Erdem, s. 156.

³¹⁷ Kaboğlu, 1998, s. 191

³¹⁸ Selçuk, s. 135.

Günümüz dünyasında düşünce özgürlüğünün kullanılmasında medyanın yadsınamaz bir önemi vardır. Bu hak çoğu zaman medya aracılığıyla, hatta kimi zaman büyük oranda medya tarafından kullanılmaktadır. Fikirler medyanın aracılığı söz konusu olmaksızın ulaşması umulan kişilere pek fazla ulaşmamakta ve etkili olamamaktadır. Medyanın şu ya da bu şekilde önemli bulduğu, kitlelere durulmasına karar verdiği düşünceler ise öneminin çok ötesinde yaygınlık ve etkinlik kazanabilmektedir.³¹⁹ Ayrıca basın ya da yayın organlarına tanınan medya ile ilgili temel hak ve özgürlüğün amacı olaylar, durumlar ve kişiler hakkında bireylerin kendi düşüncelerini oluşturmaları için gerekli olan bilgi edinme hakkının gerçekleşmesine katkıda bulunmaktadır.³²⁰ Bu nedenle radyo ve televizyon gibi yayın kuruluşları (medya kuruluşları) hem düşüncenin oluşması aşamasında bilgi edinme hakkına katkıda bulunarak, hem de oluşan düşüncelerin ifade edilmesi ve aktarılmasını sağlayarak düşünce ve ifade özgürlüğüne çift yönlü bir katkı sağlarlar.

Düşünce ve ifade özgürlüğünün aynı zamanda demokratik bir yönetimin de temelini oluşturduğu ifade edilmiştir. Demokrasilerde görüşler arasında hiyerarşi olmadığından hiçbir düşünce sistem dışına itilemez ve hepsi eşit değerdedir. Bunlar özgürce yarışır ve her biri iktidara gelmeye her zaman adaydır.³²¹ Demokrasinin diğer yönetim biçimlerinden üstünlüğü de bu noktada ortaya çıkar. Çoğulculuğa ve farklı düşüncelere yapılarında yer vermeyen devletler ise sonunda yenik düşmeye eğilimlidir. Çünkü insanın doğası ve onuru tek biçimlilikle çatışır. Karşıt görüşlerin boşalma imkanının olduğu demokratik rejimler ise rejimin güvenlik sigortasıdır. Bu tür devletlerde kutuplaşmalar ve patlamalar yaşanmayacak ya da çok yıkıcı olmayan derecede yaşanacaktır. Çoğulcu, farklı görüşlere açık ve demokratik rejimler, tek bir ideolojiye dayanan devletler gibi tarihin her döneminde olduğu gibi kan ve gözyaşı dökerek çöküp gitmeyecektir.³²² Bu nedenle temel hak ve özgürlüklerin ve özellikle de ifade özgürlüğünün olmadığı ve dolayısıyla kamuoyunun serbestçe oluşmadığı bir toplum demokratik bir hukuk devleti değil, olsa olsa çoğunluğun mutlakıyetidir.³²³

İnsan onurunun temellendirilmesinin ve bireysel özerkliğin sağlanmasının kaynağı olarak görülen düşünce ve ifade özgürlüğünün³²⁴ önündeki engellerin kaldırılması hukuk devletinin özgürlüklerin güvence altında olması ve çağdaş, çoğulcu demokrasinin gereklerine uygun olacaktır. Anayasa'nın 133'üncü maddesinde 1993 yılında yapılan değişiklik radyo ve

³¹⁹ Tepe, Harun, "Medya Düşünce Özgürlüğü ve İnsan Hakları", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, İstanbul Barosu Y., İstanbul 2002, s. 40.

³²⁰ Tepe, s. 44.

³²¹ Selçuk, s. 135.

³²² Selçuk, s. 137.

³²³ Gözler, 2010, s. 264.

³²⁴ Ökçesiz, Hayrettin, *Hukuk Politikası'ndan*, Yeni İnsan Y., İstanbul 2008, s. 174.

televizyon yayıncılığını özel kesim faaliyetlerine açarak, düşünce ve ifade özgürlüğünün önündeki Anayasal bir engelin kalkması anlamını taşıyordu. Bundan böyle düşünce özgürlüğünün temelini oluşturan düşünce, kanaat, bilgi, belge, olgu ve haberlere ulaşabilme olanağı (bilgi edinme hakkı) kolaylaşıyor, düşünceleri açıklama özgürlüğünün araçlarında niceliksel bir artış sağlanıyordu. Ayrıca düşünce ve ifade özgürlüğü bilim, sanat, öğrenim, basın, gösteri, toplantı, dernek, siyasi parti, sendika, sivil toplum örgütü oluşturma, din, vicdan özgürlüklerinin de kökeninde yer alan bir özgürlüktür.³²⁵ Bu nedenle Anayasa'nın 133'üncü maddesinde yapılan değişiklik, düşünce ve ifade özgürlüğüyle ilgili olan bu hakların da dolaylı olarak genişlemesine neden olacaktır. Dolayısıyla Anayasa'da yapılan bu değişikliğin hukuk devleti için taşıdığı önem daha da artmaktadır.

Buna karşılık, Anayasa'nın 133'üncü maddesinde yapılan değişiklikle, radyo ve televizyon yayıncılığının özel kesim faaliyetlerine açılması, tek başına yukarıda sayılan özgürlükleri genişletmesi için yeterli değildir. Bu yararların elde edilmesi için radyo ve televizyon yayıncılığında meslek etik kurallarına uyulması önem taşımaktadır. Örneğin haber ve yorum arasındaki ayırım ortadan kaldırılmamalı, sansasyonel, şok edici haberler ve şiddet görüntüleri yerine doğru, gerçek ve toplumsal değeri bulunan enformasyonlar haber değeri taşımalıdır. Radyo ve televizyon yayıncılığı, radyo ve televizyon kuruluşları tarafından kullanılan tek taraflı bir hak olarak algılanmamalı; bu hakkın muhatapları açısından, aynı zamanda bilgi edinme hakkı bağlamında bir özgürlük olduğu unutulmamalıdır.³²⁶

1982 Anayasası'nın 133'üncü maddesinde 1993 yılında yapılan bir diğer değişiklik de, devletçe kurulan veya kamu tüzel kişilerinden yardım gören radyo ve televizyon yayın kuruluşlarının özerkliğinin (AY m. 133/3) sağlanmış olmasıdır. Özerkliğe sahip olan kurumların, iktidar ve toplumun çeşitli kesimlerinden gelen baskılardan en az etkilenecek, bağımsız ve tarafsız bir biçimde görevlerini yerine getirmeleri olağan bir durumdur. Çünkü bu kurumların klasik kamu örgütlenmelerinde olduğu gibi, idareyle arasında hiyerarşik³²⁷ bir bağ olmayıp; bu kuruluşlar sadece vesayet denetimine tabidir.³²⁸ Vesayet denetimine tabi olan ve bu nedenle özerk bir iradeye sahip olan bu tür kuruluşlar, devletten ayrı kamu tüzel kişileri olarak kendi başlarına kararlar alabilme ve bu kararları uygulayabilme yetkilerine sahiptir.³²⁹ Dolayısıyla söz konusu kurumlarının özerkliğinin sağlanmasıyla bu kurumların görevlerini

³²⁵ Selçuk, s. 139.

³²⁶ Kaboğlu, s. 291-292.

³²⁷ Hiyerarşi idari düzeni gerçekleştirmek için, üst makam veya memurların ast derecelerdeki makam veya memurlar üzerinde sahip olduğu geniş ve etkin bir hukuki güçtür. Odyakmaz; Kaymak; Ercan, 2008, s. 345.

³²⁸ Günay, s. 497.

³²⁹ Günay, s. 75.

idari makamlardan ve toplumun diğer kesimlerinden gelen baskılardan uzak olarak, tarafsız ve bütün toplumsal kesimlere eşit uzaklıkta yürütmesi mümkün olabilecektir.³³⁰ Bu nedenle devlet tarafından kurulan ya da desteklenen radyo ve televizyon yayın kurumlarının özerkliğinin sağlanması, radyo ve televizyon yayıncılığının faydalarından olan düşünce ve ifade özgürlüğünün de gelişmesine katkı sağlaması olasıdır.

1982 Anayasası'nda 27 Aralık 2002 tarih ve 4777 sayılı Kanunla³³¹ Anayasa'nın 76 ve 78'inci maddelerinde değişikliğe gidilmiştir. Bunlardan Anayasa'nın milletvekili seçilme yeterliliğiyle ilgili 76'ncı maddesinde yapılan değişiklikle; maddenin ikinci fıkrasındaki “*ideolojik veya anarşik eylemlere katılma ve bu gibi eylemleri tahrik ve teşvik suçlarından biriyle hüküm giymiş olanlar*” ibaresi yerine, “*...terör eylemlerine katılma ve bu gibi eylemleri tahrik ve teşvik suçlarından biriyle hüküm giymiş olanlar...*” ibaresi getirilmiştir (4777 sk. m. 1). Böylelikle 76'ncı maddede milletvekili seçilmeye engel olan suçların konusu “*ideolojik veya anarşik eylem*” yerine “*terör eylemleri*” ile değiştirilmiştir.

Anayasa'nın 76'ncı maddesi değiştirilmeden önceki şeklinde yer alan “*ideolojik ve anarşik eylemler*” (ideoloji ve anarşizm) deyimleri açık olmayan, belirsiz ve muğlak kavramlardı. Dolayısıyla bu kavramlar hukuk devletinde kurallarda olması gereken niteliklere sahip değildi. Bunlardan ideoloji kavramı, siyasal veya toplumsal bir öğreti oluşturan, bir devletin, bir hükümetin, bir partinin, bir sınıfın ya da toplumsal bir kesimin davranışlarına yön veren politik, hukuksal, bilimsel, felsefi, dinsel, moral, estetik düşünceler bütünüdür.³³² Anarşizm ise toplumsal adaletsizliğin kaynağının devlet olduğunu savunan, devlet olgusunu yıkmak isteyen ve bunun yerine herhangi bir kurum öngörmeyen; devlet olgusunun bu şekilde toplumsal hayattan tamamen çıktığında insanların doğasına uygun olarak yaşayabileceğini öngören düşünce sistemidir.³³³ Anayasa'nın 76'ncı maddesinin ilk şeklinde yer alan ideolojik veya anarşik eylemler deyimlerinin geniş, soyut ve muğlak kavramlar olmasından dolayı, hangi tür eylemlerin ideolojik ve anarşik olduğu konusunda kesin ölçütler geliştirmek ve ideolojik ve anarşik eylemlerin kapsamına hangi tür eylemlerin girdiğini belirlemek çok güçtür. Herkesin kendi öznel görüşlerine göre ideolojik ve anarşik eylemler değişebilecek, bu kavramların kapsamı genişleyecek veya daralabilecek ve çeşitli türden düşünceler de rahatlıkla bu kavramların içinde değerlendirilebilecektir. Bu kavramlar kamu makamlarının keyfi uygulamalar yapmalarına yol açacaktır. Dolayısıyla Anayasa'da yer alan ideolojik ve

³³⁰ Gören, 1995, s. 26.

³³¹ Resmî Gazete, 31 Aralık 2002, Sayı 24980 Üçüncü Mükerrer.

³³² www.turkceyazi.com/ideoloji-nedir-ideoloji-hakkinda-ansiklopedik-bilgi.html. 28. 05. 2011.

³³³ Thomas, Paul, *Marx ve Anarşistler*, Ütopya Y., Ankara 2000 s. 12.

anarşik eylemler ibaresi açık, anlaşılabilir ve belirli kavramlar olmaması nedeniyle insanları yanlış yönlendirebilir ve karışıklığa neden olabilir. Bu nitelikteki kurallar, insanların uzun vadeli kararlarına yön verebilmesine, hukuki belirliliğe ve hukuki güvenliğe engel oluşturur.³³⁴

Yine Anayasa'nın 76'ncı maddesinde geçen "*ideolojik ve anarşik eylemler*" deyiminin, düşünce açıklamalarında bulunanlara yaptırım uygulanmasını öngörmesi nedeniyle de bir tür düşünce suçu yarattığı ifade edilmiştir. Demokratik bir devlette her türlü düşünce ve inancın özgürce açıklanması olağan olduğu için, düşünce suçu şeklinde bir suçun bu tür yönetimlerde olmaması gerekir.³³⁵ Ayrıca ideoloji ve anarşi tabirlerinin açık olmayan, muğlak ve belirsiz niteliği bu düşünce suçunun hukuk devleti ilkesine aykırı olarak kapsamının daha da genişlemesine neden olabilecektir. Örneğin TCK'nın 301'inci maddesi Anayasa'nın eski 76'ncı maddesi kapsamında yer alan ideolojik ve anarşik eylemler kavramının içine, özgürlükleri kısıtlayıcı bir yorumla rahatlıkla girebilecek ve bu maddeden hüküm giyenlerin milletvekili seçilmesine engel oluşturabilecektir. TCK'nın 301'inci maddesine göre bu madde içindeki kavram ve kurumları aşağılamak için yapılam ve eleştiri niteliği taşımayan "*düşünce açıklamaları*" suç oluşturur³³⁶ ve bu madde kapsamında yer alan düşünce açıklamaları rahatlıkla ideolojik ve anarşik eylemler kategorisine dahil edilebilir. Bu nedenle Anayasa'nın değiştirilmeden önceki 76'ncı maddesi hukuk devletine aykırı olarak düşünce özgürlüğüne keyfi biçimde aşırı kısıtlamalar yapılmasına son derece elverişli bir niteliğe sahipti.

Buna karşılık ideolojik ve anarşik eylemler yerine getirilen terör eylemleri kavramı, nispi olarak daha belirli, açık ve anlaşılabilir bir kavramdır. Terörle Mücadele Kanunu'nun birinci maddesi terörü şu şekilde tanımlamaktadır:

"Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir."

Bu tanıma göre hangi tür eylemlerin terör eylemi niteliğinde olduğu konusunda somut ve nesnel ölçütler geliştirmek çok daha kolaydır. Zira terör eylemlerinin konusunu her halde

³³⁴ Raz, Joseph, "Hukuk Devleti ve Erdemi", *Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir ideal*, Adres Y., Ankara 2008, s. 153.

³³⁵ Selçuk, s. 139.

³³⁶ Ökçesiz, 2008, s. 81.

cebir ve şiddet içeren fiiller oluşturacak; buna karşılık düşünce açıklamaları terör eylemi kapsamında değerlendirilemeyecek ya da değerlendirilmesi son derece güç olacaktır. Bu nedenle Anayasa'nın 76'ncı maddesinde yapılan değişikliğin, hukuki belirlilik, hukuki güvenlik ve aynı zamanda düşünce ve ifade özgürlüğü alanında önceki düzenlemeye göre daha ileri bir noktada olduğu açıktır. Sonuç olarak Anayasa'nın 76'ncı maddesinde yapılan değişiklik bireylerin düşünce ve ifade özgürlüklerini genişlettiği için hukuk devleti ile uyumlu bir değişikliktir.

1982 Anayasası'nda 2002 yılında yapılan değişikliklerle Anayasa'nın TBMM seçimlerinin geri bırakılması ve ara seçimleri düzenleyen 78'inci maddesinde de değişiklik gerçekleştirilmiştir. Bu tarihte yapılan değişiklikle Anayasa'ya şu fıkra hükmü eklenmiştir: *“Yukarıda yazılı hallerden ayrı olarak, bir ilin veya seçim çevresinin, Türkiye Büyük Millet Meclisinde üyesinin kalmaması halinde, boşalmayı takip eden doksan günden sonraki ilk Pazar günü ara seçim yapılır. Bu fıkra gereği yapılacak seçimlerde Anayasanın 127'nci maddesinin üçüncü fıkrası hükmü uygulanmaz.”*(4777 sk. m. 2). Anayasa'nın 78'inci maddesine eklenen fıkıyla (AY m. 78/5), bir ilin veya seçim çevresinin TBMM'de üyesi kalmaması halinde, boşalmayı takip eden 90 günden sonraki ilk pazar günü ara seçim yapılır. Bu hallerde yapılan ara seçimlerde, 78'inci maddenin üçüncü ve dördüncü fıkrası hükümleri uygulanmaz. Yine Anayasa'nın 127/3 fıkrasına göre milletvekili genel ve ara seçimlerinden önceki veya sonraki bir yıl içinde yapılan mahalli idareler organlarına ve bu organların üyelerine ilişkin mahalli seçimlerin, genel ve ara seçimlerle birlikte yapılacağı hükmü, bu madde bakımından uygulanmaz. Anayasa'nın 78/5 fıkrasına göre ara seçimlerin yapılabilmesi için, ayrıca TBMM tarafından alınan bir parlamento kararına da gerek yoktur, bu durumda kendiliğinden ara seçime gidilir.³³⁷ TBMM'de bir ilin ya da seçim çevresinin temsilcisz kalmamasının amaçlandığı bu Anayasa değişikliği hukuk devletiyle doğrudan ilgili değildir.

1982 Anayasası'nda 2002 yılında 4777 sayılı kanunla yapılan değişiklikle, ayrıca bir de geçici madde eklenmiştir. Bu geçici madde hükmüne göre *“Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 67'nci maddesinin son fıkrası, Türkiye Büyük Millet Meclisinin 22'nci dönemi içinde yapılacak ilk ara seçimde uygulanmaz”*.³³⁸ 67'nci maddenin son fıkrasına göre seçim kanunlarında yapılacak değişiklikler, yürürlüğe girdikten sonra bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmaz. Belli bir duruma ilişkin olarak, özel bir düzenleme niteliğinde olan 2002 yılında Anayasa'ya eklenen geçici maddenin, hukuk devletinde kuralların genel olması

³³⁷ Dikici, s. 172.

³³⁸ 1982 Anayasası döneminde ülkemizde yalnızca bir defa milletvekili ara seçimi yapılmıştır. O da 28. 09. 1986 tarihinde gerçekleşmiştir. Dolayısıyla 2002 yılında Anayasaya eklenen bu geçici madde hükmünün uygulanması söz konusu olmamıştır. Dikici, s. 171.

gereğine uygun olmadığı söylenebilir. Burada dikkat çeken husus ise Anayasa'nın 67/son fıkrasına istisna getiren özel nitelikli düzenlemelerin ülkemizde çok sık gündeme getirilmesidir. Bu durum hukuk devleti düşüncesinin ülkemizde ne kadar önemsendiğini göstermesi bakımından önemlidir.

21 Haziran 2005 tarihinde ve 5370 sayılı Kanunla, Anayasa'nın 133'üncü maddesine eklenen bir fıkra (AY m. 133/2) Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) ve bu Kurul'a üye seçimine ilişkin düzenleme kabul edildi. Anayasa eklenen fıkra şu şekildedir:

“Radyo ve televizyon faaliyetlerini düzenlemek ve denetlemek amacıyla kurulan Radyo ve Televizyon Üst Kurulu dokuz üyeden oluşur. Üyeler, siyasi parti gruplarının üye sayısı oranında belirlenecek üye sayısının ikişer katı olarak gösterecekleri adaylar arasından, her siyasi parti grubuna düşen üye sayısı esas alınmak suretiyle Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunca seçilir. Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun kuruluşu, görev ve yetkileri, üyelerinin nitelikleri, seçim usulleri ve görev süreleri kanunla düzenlenir.” (5370 sayılı Kanun m. 1)

1982 Anayasası'nda 5370 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle Anayasal bir nitelik kazanmış olan RTÜK, radyo ve televizyon faaliyetlerini düzenlemek amacıyla kurulan, kamu tüzel kişiliğine sahip, özerk ve tarafsız bir kurumdur.³³⁹ RTÜK ulusal, bölgesel ve yerel düzeyde, kamu ya da özel yayın kuruluşlarınca gerçekleştirilen radyo ve televizyon etkinliklerini düzenlemek ve denetlemekle görevli “bağımsız idari otorite” niteliğinde bir kurumdur. Görevleri arasında frekans planlaması yapmak, radyo ve televizyon kuruluşlarına lisans ve yayın izni vermek, özel yayın kuruluşlarının uyacağı esasları belirlemek, yine kendi koymuş olduğu kuralların uygulamasını sağlamak ve bunların ihlali halinde yaptırım uygulamak gibi etkinlikler vardır.³⁴⁰

RTÜK'ün de içinde bulunduğu bağımsız idari otoriteler, klasik idari örgütlenmelerden farklı olarak, belli bir kamu hizmeti alanı ile ilgili olarak, düzenleme ve organizasyon yapan, bu alanda denetleme, izleme ve yaptırım uygulama yetkilerine sahip olan tüzel kişiliğe sahip kuruluşlardır.³⁴¹ Hukuk devletinin idareye ilişkin koşullarını idarenin örgütlenme ve görev olarak kanuna dayanması, bütün idari işlem ve eylemlerin yargı denetimine tabi olması ve idarenin mali sorumluluğunun tanınması olarak özetleyebiliriz.³⁴² Bağımsız idari kurumlar ise Anayasa'nın 123'üncü maddesine göre tüzel kişilik olarak kanun ya da kanunun verdiği yetki

³³⁹ Odyakmaz; Kaymak; Ercan, s. 750.

³⁴⁰ Odyakmaz; Kaymak; Ercan, s. 748.

³⁴¹ Günay, s. 491-492.

³⁴² Ökçesiz, 1998, s. 27.

ile kurulabilirler.³⁴³ Yine bu kurumlar üzerinde tam bir yargı denetimi de söz konusudur.³⁴⁴ Dolayısıyla bu kurumlar idarenin hukuk devletine ilişkin gereklerini taşımaktadır. Bunun dışında, idari görevleri yürüten organların hukuki niteliği (bağımsız idari kurumlar gibi) hukuk devletinin doğrudan gereklerinden birisi değildir.

Bununla birlikte Anayasa'nın 133'üncü maddesine 2005 yılında eklenen 2'nci fıkranın, düşünce ve ifade özgürlüğü alanında sonuçlar doğurduğunu söyleyebiliriz. Bağımsız idari otoriteler, devlet tüzel kişiliği ve merkezi idarenin hiyerarşik yapısı dışında ve merkezi idarenin vesayet denetimine³⁴⁵ tabi olmadan, görevlerini bağımsızlık esaslarına göre yerine getiren kurumlardır. Bu kurumlar ayrıca personelini kendileri seçebildikleri gibi bütçelerini de kendileri oluştururlar.³⁴⁶ Yine bu kurumlar bakanlıklarla ilgilendirilmemiş, bütçe açısından zorunluluk arz ettiği için sadece ilişkilendirilmişlerdir.³⁴⁷ Vesayet yetkisinin dahi dışında tutulmuş olmaları, bu kuruluşların, diğer kamu kurumlarına göre daha bağımsız ve tarafsız davranmalarına neden olacaktır. Ulusal, bölgesel ve yerel düzeyde, kamu ve özel radyo ve televizyon yayınlarını düzenlemek ve denetlemekle görevli olan RTÜK, görevlerini bağımsız idari otoritelerin nitelikleri olan bağımsızlık ve tarafsızlık ilkelerine uygun olarak gerçekleştirdiği sürece, radyo ve televizyon yayınlarının düşünce ve ifade özgürlüğüne yapacağı katkının daha üst seviyeye çıkacağını söylemek mümkündür. Bu nedenle RTÜK'ü bağımsız idari otorite olarak düzenleyen ve anayasal organ statüsüne yükselten 2005 yılı Anayasa değişikliği, düşünce ve ifade özgürlüğünü geliştirebilecek bir değişiklik olarak değerlendirilebilir. Fakat yine de RTÜK'ün 2005'ten itibaren artık Cumhurbaşkanı yerine TBMM'ce seçilecek olması, üstelik TBMM'de grubu olan partilerin kooptasyon (sandalye sayıları oranında) 2'şer kat aday gösterebilmesi ile seçiminde hiçbir nitelikli çoğunluk öngörülmemesi, TBMM çoğunluğuna sahip iktidar partisinin RTÜK üyelerini belirlemede üstünlük sağlamasına zemin yarattığı unutulmamalıdır. Üyelerinin çoğunun iktidar partisi tarafından belirlenen bir medya denetim organının ne kadar “bağımsız” davranabileceği bu nedenle tartışılabilir bir konudur.

Anayasa'da 1993, 2002 ve 2005 yılında yapılan değişikliklerle özel radyo ve televizyon kurumları kurulmasının önündeki Anayasal engel kaldırılmış, Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu özerk bir kuruluş haline getirilmiş, radyo ve televizyon kurumlarını denetlemekle

³⁴³ Günday, s. 497.

³⁴⁴ Günday, s. 500.

³⁴⁵ İdari vesayet mahalli idareler ve hizmetsel kuruluşlar üzerinde, yerinden yönetim sisteminin sakıncalarını gidermeye ve idarede bütünlüğü sağlamak için kullanılan denetim aracıdır. Odyakmaz; Kaymak; Ercan, s. 346.

³⁴⁶ Günday, s. 494.

³⁴⁷ Odyakmaz; Kaymak; Ercan, s. 745.

görevli bağımsız bir idari kurum olan RTÜK Anayasal bir nitelik kazanmış, ayrıca Anayasa'nın 76'ncı maddesindeki “*ideolojik ve anarşik eylemler*” deyimini “*terör eylemleri*” deyimini ile değiştirilmiştir. Bütün bu değişikliklerin ortak yönü, düşünce ve ifade özgürlüğünün gelişmesine katkı sağlayabilecek olmasıdır. Düşünce ve ifade özgürlüğü çağdaş demokrasinin ve hukuk devletinin en önemli, en başta gelen özgürlüklerinden birisidir. İnsan onurunun temeli ve insanı diğer varlıklardan ayıran bir özgürlüktür. Dolayısıyla Anayasa'da yapılan bu değişikliklerle insanların düşünce özgürlüklerini kullanma olanakları artması, demokrasi ve hukuk devleti gelişimimiz için olumlu sonuçlar doğurabilecektir. Hiç kuşkusuz bu değişikliklerden beklenen yararlar özellikle radyo ve televizyon yayıncılığında, yayın ilke ve kurallarına uyulması ve bu yayınların amaca uygun gerçekleştirilmesi ile sağlanabilir.

2.2.2.2. 1995 Değişikliği ve Cezaların Şahsiliği İlkesi

23 Temmuz 1995 tarih ve 4121 sayılı Kanunla, 1982 Anayasası'nın bazı maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Bu kanunla Anayasa'nın 69'uncu maddesinde yer alan “*Temelli kapatılan siyasi partilerin kurucuları ile her kademedeki yöneticileri; yeni bir siyasi partinin kurucusu, yöneticisi ve denetçisi olamayacakları gibi, kapatılmış bir siyasi partinin mensuplarının üye çoğunluğunu teşkil edeceği yeni bir siyasi parti de kurulamaz*”³⁴⁸ fıkrası değiştirilmiştir. Bu fikranın yerine “*Temelli kapatılan bir siyasi parti bir başka ad altında yeniden kurulamaz. Bir siyasi partinin temelli kapatılmasına beyan veya faaliyetleri ile sebep olan kurucuları dahil üyeleri, Anayasa Mahkemesinin temelli kapatmaya ilişkin kesin kararının Resmi gazetede gerekçeli olarak yayımlanmasından başlayarak beş yıl süreyle bir başka partinin kurucusu, üyesi, yöneticisi ve denetçisi olamazlar.*”³⁴⁹ hükmü getirilmiştir.

Ceza hukukunun temel prensiplerinden birisi “*kusursuz ceza olmaz*” (AY m. 38/1) ilkesidir. Kusur ilkesi olarak da adlandırılan bu ilke, cezalandırmanın failin işlemiş olduğu suçtan dolayı şahsen kınanabilirliğine bağlı olmasını ifade eder. Bu ilkeden cezanın varlığı için kusurun bulunması gerektiği ve herkese ancak kusuru oranında ceza verilebileceği sonucu çıkmaktadır. Kusursuz ceza olmaz ilkesine göre kusur failin sürmüştüğü hayatla, failin kişiliği ve asosyal yaşamı ile bağlantılı olarak değil, işlemiş olduğu somut suçla (fiille) ilgili olarak aranmalıdır. Kusur sorumluluğu ilkesi, ceza sorumluluğunun şahsiliği (AY m. 38/7) ve

³⁴⁸ www.yenianayasaicin.org/?page_id=6. 30. 12. 2010.

³⁴⁹ Parla, s. 153-154.

hukuk devleti ilkesi ile de dolaylı olarak ilgilidir.³⁵⁰ Anayasa'nın 38/7 hükmünde düzenlenen ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ise, suçu kim işlediyse onun cezalandırılacağını öngören; bir kimsenin, başka birisinin işlediği suçtan dolayı sorumlu tutulmasını yasaklayan ceza hukukunun en temel ilkelerinden birisidir.³⁵¹

Anayasa'nın 69'uncu maddesinin değiştirilmeden önceki şeklinde yer alan, siyasi partilerinin kapatılmasına –beyan ve eylemleriyle- neden olsun olmasın bütün kurucularının ve her kademedeki yöneticilerinin, sürekli olarak yeni bir siyasi partinin kurucusu, yöneticisi ve denetçisi olamayacağı hükmü, Anayasa'nın kusursuz ceza olmayacağını düzenleyen 38/1 hükmüne ve cezaların şahsiliği ilkesini düzenleyen 38/7 hükmüne aykırılık teşkil etmekteydi. Buna göre, temelli kapatılan siyasi partilerin kurucusu ve her kademedeki yöneticilerine, “*kusuru bulunup bulunmadığına bakılmaksızın*” bir yaptırım uygulanmakta (yeni bir siyasi partinin kurucusu, yöneticisi ve deneticisi olamayacağı yaptırımı) ve kusursuz ceza olmaz ilkesi ihlal edilmekteydi. Yine bazı kurucu ve yöneticilerin, eski partilerinin kapatılmasında kusuru bulunsa dahi, kusuru bulunmayan diğer üyeler de sadece kapatılan siyasi partiyle mevcut olan hukuki bağları dolayısıyla, aynı yaptırımına tabi tutulmakta ve cezaların şahsiliği ilkesine aykırılık oluşmaktaydı.

1995 Anayasa değişikliği ile değiştirilen hükmün ikinci cümlesinde yer alan kapatılan bir partinin üyelerinin çoğunluğunu teşkil ettiği yeni bir partinin kurulamayacağı hükmü de, aynı şekilde hem kusursuz ceza olmaz ilkesine hem de ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırılık teşkil ediyordu. Bu hükümle siyasi partiler için öngörülen kurulmama yaptırımının uygulanması için, partinin tüzel kişiliği, kurucuları, yöneticileri ve üyeleri için herhangi bir kusur şartı aranmamakta, sadece kapatılan eski partinin üyelerinin çoğunluk oluşturması yeni partinin kapatılması için yeterli görülmektedir. Bu şekilde kapatılan bir siyasi partinin eski, kurulan siyasi partinin çoğunluğunu oluşturan yeni üyeleri potansiyel suçlu olarak kabul edilmekte ve söz konusu çoğunluk üyelerin partilerin kapatılmasında bir kusuru dahi olup olmadığı araştırılmamaktaydı. Yine kapatılan bir siyasi partinin üyelerinin çoğunluğunu oluşturduğu yeni bir siyasi partinin kurulmamış sayılması, eski partinin kapatılmasına “*kusurlarıyla*” neden olan –eğer gerçekten bir kusurları varsa- çoğunluk üyeleri dışında kalan yeni üyeleri için cezaların şahsiliği ilkesine aykırı bir yaptırım niteliği taşıyordu.

1995 yılında yapılan değişiklik sonucu getirilen Anayasa'nın 69'uncu maddesi kusursuz ceza olmaz ve cezaların şahsiliği ilkeleri açısından eski düzenlemeye göre daha sorunsuzdur.

³⁵⁰ Koca; Üzülmüş, s. 36.

³⁵¹ Özbek, Veli, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı*, Seçkin Y., Ankara 2006 (b), s. 267.

Çünkü yeni getirilen düzenlemeye göre temelli kapatılan siyasi partinin yeni bir ad altında tekrar kurulamayacağı belirtilerek, yaptırım temelli kapatılan siyasi partiye –veya bu siyasi partinin devamı niteliğinde olan partiye- ilişkin olarak uygulanmaktadır. Bu düzenleme kural olarak kusursuz ceza olmaz ve cezaların şahsiliği ilkelerine uygundur. Zira kapatılma yaptırımını “*belli fiilleri işlemiş*” (AY m. 68/4) bir “*siyasi partinin tüzel kişiliğine*” veya bu siyasi partinin “*devamı niteliğinde olan partiye*” uygulanmaktadır. Yine Anayasa’nın değişik 69’uncu maddesine göre, kapatılan bir siyasi partinin bütün kurucuları, yöneticileri, denetçileri veya üyeleri değil; sadece partilerinin kapatılmasına kusurlarıyla neden olan kurucuları ve üyelerinin, beş yıl süreyle yeni bir partinin kurucusu, yöneticisi, denetçisi ve üyesi olamayacağı öngörülmesi, partilerinin kapatılmasında herhangi bir sorumluluğu olmayan üyelere ilişkin bir yaptırımın öngörülmemesi nedeniyle kusur ilkesi ve cezaların şahsiliği ilkesi açısından daha sorunsuzdur. Bu nedenle Anayasa’nın 69’uncu maddesinde yapılan değişikliğin hukuk devleti ilkesinin de gerekleri olan kusursuz ceza olmaz ve cezaların şahsiliği ilkeleri açısından önceki düzenlemeye göre daha ileri olduğu söylenebilir.

2.2.2.3. 1999-2004 Değişiklikleri ve Devlet Güvenlik Mahkemeleri

1982 Anayasası’nda, 18 Haziran 1999 tarih ve 4388 sayılı Kanunla³⁵², Devlet Güvenlik Mahkemeleri’ni düzenleyen (DGM) 143’üncü maddede değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliklerle DGM’nin görevlerini belirleyen 143’üncü maddenin birinci fıkrasına “*Ancak, sıkıyönetim ve savaş haline ilişkin hükümler saklıdır.*” cümlesi eklenmiş; böylece sıkıyönetim ve savaş hallerinde DGM’lerin görev alanına giren konularda başka mahkemelerin yetkili olabileceği belirtilmiştir. Anayasa’nın 143’üncü maddesinin birinci fıkrasına eklenen bu cümlenin, aynı maddeden çıkarılan “*Devlet güvenlik mahkemesinin yargı çevresine giren bölgelerde sıkıyönetim ilan edilmesi halinde, bu bölgeler sınırlı olmak üzere kanunla belirlenen esaslara göre Devlet Güvenlik Mahkemesi, Sıkıyönetim Askeri Mahkemesine dönüştürülebilir.*” (4388 sk. m. 1) fıkrasının yarattığı boşluğu doldurmak için getirildiği söylenebilir. Böylelikle sıkıyönetim ve savaş hallerinde, DGM’nin görev alanına giren davalara, başka mahkemeler (Sıkıyönetim Askeri Mahkemesi) tarafından bakılabilmesi kuralı Anayasa’da tutulmuş oluyordu. Anayasa’nın 143’üncü maddesinin ilk fıkrasında yapılan bu

³⁵² Resmî Gazete, 18 Haziran 1999, Sayı 23719 Mükerrer.

değişiklik biçimsel nitelikte olup, maddenin içeriğinde herhangi bir değişiklik söz konusu olmamıştır. Dolayısıyla 143'üncü maddede yapılan bu değişikliğin hukuk devletiyle ilgili olmadığı söylenebilir.

Anayasa'nın 143'üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki DGM'nin bir başkan, iki asıl üye ve iki yedek üyeden oluşacağı kuralı yerine; 1999 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri ile DGM'nin bir başkan, iki asıl üye ve bir yedek üyeden oluşacağı düzenlemesi getirilmiştir. Yedek üyelerin ikiden bire inmesi, askeri hakimler arasından DGM'ye yedek üye atanması usulünün Anayasa'dan çıkartılmasından kaynaklanıyordu. Aynı fıkradaki *“bir savcı ve yeteri kadar savcı yardımcısı bulunur”* ibaresi de *“Cumhuriyet başsavcısı ve yeteri kadar Cumhuriyet savcısı bulunur”* ibaresiyle değiştirilmiştir. Anayasa'da gerçekleştirilen bu ifade değişikliğiyle de DGM'de görev yapan savcıların, adli yargıda görev yapan Cumhuriyet savcıları arasından atanacağı öngörülmüş ve eski düzenlemede yer alan askeri hakimler arasından savcı yardımcısı atanmasının önü kapatılmıştır (4388 sk. m. 1).

Yine Anayasa'nın 143'üncü maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan *“Başkan, bir asıl ve bir yedek üye ile savcı, birinci sınıfa ayrılmış hakim ve Cumhuriyet savcıları arasından; bir asıl ve bir yedek üye, birinci sınıf askeri hakimler arasından; savcı yardımcısı ise Cumhuriyet savcıları ve askeri hakimler arasından özel kanunlarında gösterilen usule göre atanır.”* hükmü, *“Başkan, iki asıl ve bir yedek üye ile Cumhuriyet başsavcısı, birinci sınıfa ayrılmış hâkim ve Cumhuriyet savcıları arasından; Cumhuriyet savcıları ise, diğer Cumhuriyet savcıları arasından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca (HSYK) özel kanununda gösterilen usule göre dört yıl için atanırlar; süresi bitenler yeniden atanabilirler.”* şeklinde değiştirilmiştir (4388 sk. m. 1). Bu değişiklikle bir asıl üyeye, bir yedek üyenin birinci sınıf askeri hakimler arasından ve savcı yardımcılarının da yine askeri hakimler arasından seçileceği hükümleri kaldırılmıştır. Bunun yerine bütün üyelerin ve savcılarının birinci sınıfa ayrılmış hakim ve Cumhuriyet savcıları ve yine birinci sınıfa ayrılma koşulu aranmayan Cumhuriyet savcıları arasından seçileceği hükmü getirilmiştir. Bu fıkra yapılan diğer bir değişiklik DGM'nin başkan, asıl üye, yedek üye, Cumhuriyet başsavcısı ve savcılarının özel kanununa göre atanacağını öngören hükmü yerine, bunların *“HSYK”* tarafından yine özel kanunlarına göre atanacağı hükmünün getirilmesi olmuştur.

DGM'nin başkan, asıl üye, yedek üye Cumhuriyet Başsavcısı ve Cumhuriyet savcılarının HSYK tarafından atanmasını öngören değişiklik, anayasal bir ilke olan hakim ve savcı güvencesine (AY m. 139) uygun bir düzenlemedir. Mahkemelerin kararlarını ancak bağımsız ve tarafsız bir şekilde vermesi sonucu bireyler davranışlarını hukuka göre ayarlayacak ve

hukuki belirlilik ile hukuki istikrar bu durumda söz konusu olabilecektir. Mahkemelerin bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamanın yolu olan hakim güvencesi ise hakimlerin atanma şekli, azil yasağı, maaş güvencesi ve çalışma koşullarına ilişkin güvencelerle ve dışarıdan gelen baskıların engellenmesi ile söz konusu olabilir.³⁵³ DGM’de görev yapan hakim ve savcıların, HSYK tarafından atanmasını öngören bu Anayasa değişikliği, DGM’lerde görev yapan hakimler için önceki düzenlemeye göre nispi olarak daha güvenceli bir hukuki durum yaratmıştır. Bu şekilde hakimlerin atanması, hakim ve savcıların özlük işlerini yapmakla görevli bağımsız bir kurul olan HSYK tarafından yapılacak ve yasama organının kanunlarla DGM’lerin hakimlerini serbestçe belirlemesinin önüne bir nebze de olsa geçilebilecektir. Hukuk devletinin bir gereği olan hakimlik güvencesini güçlendiren 143’üncü maddede yapılan bu değişiklik, hukuk devletini de ileri götüren bir değişiklik olmuştur.

Anayasa’nın 143’üncü maddesinde 1999 yılında yapılan değişikliklerden hukuk devleti açısından en dikkate değer olanı ise, askeri hakimler arasından atanan asıl üye, yedek üye ve savcı yardımcılarının DGM’nin yapısından çıkartılmış olmasıdır. Askeri hakimlerle ilgili mevzuat hükümlerine göre, askeri hakimlerin subay statüsü bulunmakta ve özlük hakları konusunda Genelkurmay ve Milli Savunma Bakanlığı’nın yetkileri bulunmaktadır.³⁵⁴ Askeri hakimlerin hukuki statüsü konusundaki bu hükümler, hukuk devletinin gereği olan yargıç güvencesine (AY m. 139) aykırılık teşkil etmektedir. Çünkü yürütme organı ve idare, bir hakimin mesleki hayatı ve özlük hakları konusunda yönetsel yollardan etkili olabilmekte, böylece DGM’lerdeki hakimlerin görevlerini mesleklerinin gerektirdiği bağımsızlık ve tarafsızlık içinde yapmaları tehlikeye girmektedir. Bu nedenle DGM’nin oluşumundan askeri hakimler arasından atanan asıl üye, yedek üye ve savcı yardımcılarının çıkarılmış olmasını, hukuk devletinin gereği olan hakim ve savcı teminatına uygun bir değişiklik olduğunu kabul etmek gerekir.

³⁵³ Raz, s. 156.

³⁵⁴ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu da oybirliğiyle vermiş olduğu bir kararında askeri hakimlerin DGM’de görev almasını adil yargılanma hakkının ihlali olarak görmüştür. Söz konusu karara göre. “DGM askeri hakiminin Milli Savunma Sekreterliği tarafından başlatılabilecek bir soruşturma sonunda disiplin cezasına konu edilebileceğini açıklar. Milli Savunma Bakanlığının yürütme gücüne dahildir ve bu konuda verilmiş kararlar hiçbir adli denetime tabi değildir....alt sicil amirinin Milli Savunma Bakanlığı müsteşarı, üst sicil amirinin ise Milli Savunma Bakanı olduğunu belirtir...öte yandan bir askeri hakimin silahlı kuvvetlerin iç düzenini hiçbir şekilde ilgilendirmeyen bir sivil karşı açılmış bir ceza davasına katılması olgusu bu davanın olağanüstü karakterini açığa çıkarmaktadır ve aynı zamanda, silahlı kuvvetlerin demokratik bir ülkede bağımlılık ve tarafsızlık kuşularının ötesinde kalması gereken askeri olmayan adli alana müdahalesi olarak tahlil edilebilir...bu koşullarda 5 üyesinden birisi askeri hakim olan mahkemenin. (Komisyon) tarafsızlığından kuşku duyulabileceği kanısındadır. Bağımsızlıkları ve tarafsızlıkları söz konusu edilmeyen askeri olmayan iki hakimin bu mahkemede yer alması hiçbir şeyi değiştirmemektedir... (Komisyon) kuşuların objektif olarak yerinde olduğu kanısındadır.” www.hacialiozhan.com/yargi.html. 10. 11. 2010.

Avrupa İnsan Hakları Divanı da DGM’de askeri hakim görevlendirilmesini adil yargılama hakkının ihlali olarak görmüştür. Divanın bir kararına göre “... hakimlerin statülerinin asker oluşu ve orduya mensubiyetlerinin devam edişi şüpheler uyandırmaktadır. Ordu yürütme erkine bağlıdır. Dahası askeri hakimlerin askeri disipline tabiiyetleri devam etmekte ve bu hususta ordu tarafından sicilleri tutulmaktadır. Seçilme ve atanmaları ise büyük ölçüde idarenin ve ordunun müdahalesini gerektirmektedir. Nihayet görev süreleri 4 yıldan ibarettir ve yenilenebilir... Hükümet DGM’lerdeki askeri hakim bulunmasının tek gerekçesi olarak organize suçla, yasadışı silahlı gruplarla mücadelede, bu hakimlerin tecrübe ve yetkinlik sahibi bulunmaları olduğunu Divan’daki duruşmada ileri sürmüştür... Bu savlar hakkında hükme varmak, terörizmin getirdiği sorunların bilincinde bulunan Divan’ın görev alanına girmez, gerçekten de Divan’ın görevi, sözleşmecî bir devlette bu tür yargı makamları tesis etme gerekliliğini ya da ilgili uygulamayı incelemek değil, bu mahkemelerin iş görmesinin başvuru sahibinin adil yargılanma, hakkını ihlal edip etmediğini araştırmaktır. Öyle bir durumda görünüm bile önem kazanabilir. Söz konusu olan demokratik bir toplumun mahkemelerinin, başta ceza davası sanıkları olmak üzere, yargılananlarda uyandırması gereken güvendir. Bir yargı makamının bağımsızlık ve tarafsızlık bakımından eksiklikler taşıdığından kaygı duymak için meşru bir gerekçenin varlığı hakkında yargıya varabilmek için sanığın bakış açısından hesaba katılması gereken hususlardan olmakla beraber belirleyici bir rol oynamaz. Asıl belirleyici unsur, ilgilinin kaygılarının objektif açıdan haklı sayılıp sayılmayacağına bilinmesine dayanmaktadır... Sonuçta , DGM'nin bağımsız ve tarafsızlığı hususunda kaygı duymak için başvuru sahibinin haklı sebepleri vardır. Dolayısıyla sözleşmenin 6/1 maddesi ihlale uğramıştır...” denmektedir.³⁵⁵

Avrupa İnsan Hakları Divanı bu kararında yürütme erkinin içinde yer alan ve subay statüsü bulunan, askeri disipline tabi olan, sicilleri ordu tarafından tutulan, seçilmesi, atanması büyük ölçüde idarenin elinde olan askeri hakimlerin, hakimlik güvencesinin bulunmaması nedeniyle görevlerinin gerektirdiği bağımsızlık ve tarafsızlık içinde yargılama faaliyetlerini sürdürmeyeceklerini belirtmektedir. Dolayısıyla Divan, DGM’de askeri hakimler bulunmasını AİHS’nin 6/1 fıkrasındaki adil yargılama hakkına aykırı bulmaktadır. Ayrıca sözleşmeye aykırılık DGM’de görülen bütün davalar için de geçerli olacaktır. Çünkü DGM’nin yapısında bulunan askeri hakimler (1999 Anayasa değişikliğine kadar), bu mahkemelerdeki görevlerini her dava için sürdürmektedirler. Dolayısıyla hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan yargıç güvencesi, mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi ve adil yargılanma hakkının her dava için ihlali söz konusu olacaktır. DGM’nin bu yapısı AİHS’ye aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle, Türkiye

³⁵⁵ www.hacialiozhan.com/yargi.html. 10. 11. 2010.

sözleşmeye aykırılıktan mahkum olmakta ve her dava için tazminat ödemesi mümkün olabilecekti.³⁵⁶ Dolayısıyla Anayasa'nın 143'üncü maddesinin değiştirilmesi, Avrupa İnsan Hakları Divanı kararları doğrultusunda ve hukuk devleti açısından gerekli bir değişiklik olmuştur.

Anayasa'nın 143'üncü maddesinde 1999 yılında yapılan değişikliklerle “*Devlet Güvenlik Mahkemesi Başkan, üye ve yedek üyeleri ile savcı ve savcı yardımcılarını dört yıl için atanırlar, süresi bitenler yeniden atanabilirler*” şeklindeki 4'üncü fıkra hükmü Anayasa metninden çıkartılmıştır. Ancak bu hüküm, içeriğinde herhangi bir eksiklik olmadan 143'üncü maddenin üçüncü fıkrasına eklenmiştir. Bu üçüncü fıkraya göre de aynen eski hükümde olduğu gibi, DGM'nin başkan, asıl üye, yedek üye, Cumhuriyet başsavcısı ve Cumhuriyet savcıları, 4 yıl için atanırlar ve bunlar yeniden görevlerine atanabilir (4388 sk. m. 1). Anayasa'nın 143/4 fıkrasının Anayasa metninden çıkarılması biçimsel nitelikte olup, hukuk devleti ilkesini nispi olarak etkileyen bir değişiklik söz konusu değildir.

7 Mayıs 2004 tarih ve 5170 sayılı, 1982 Anayasası'nda değişiklik öngören Kanunun³⁵⁷ dokuzuncu maddesiyle DGM'leri düzenleyen 143'üncü madde hükmü Anayasa metninden çıkartılmıştır. Böylece Anayasa'da düzenlenen bir mahkeme olma niteliğini kaybeden DGM'ler, 16.6.2004 tarihli Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda değişiklik yapılması ve DGM'nin kaldırılmasına dair 5190 sayılı kanunun 3'üncü maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. 5190 sayılı Kanunun üçüncü maddesine göre, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte, Devlet Güvenlik Mahkemeleri ve Devlet güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılıklarının yetki ve görevleri sona erer. Böylece hukukumuzda ayrıca doğal yargıç ilkesine aykırı olduğu, varlıklarını haklı gösterecek nedenlerin olmadığı, görev alanlarının genişliği ve belirsizliği nedeniyle hukuk uygulamasında ikilik yaratmaları gibi tartışmalar söz konusu olan DGM'lerin³⁵⁸ hukuki varlığı sona ermiştir.

13 Ağustos 1999 tarih ve 4446 sayılı Kanunla Anayasanın 47, 125, 155'inci maddelerinde bazı değişiklik gerçekleştirilmiştir. 4446 sayılı Kanunla, Anayasa'nın 47'nci maddesinde yapılan değişikliklerle maddeye iki fıkra eklenmiştir. Anayasa'ya eklenen fıkra hükümleri şu şekildedir: “*Devletin, kamu iktisadî teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir. (üçüncü fıkra) Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri*

³⁵⁶ Kaboğlu, 2000, s. 125.

³⁵⁷ Resmî Gazete, 22 Mayıs 2004, Sayı 25469.

³⁵⁸ Erdoğan, 1999, s. 96.

tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir (dördüncü fıkra).

Anayasa'nın 47'nci maddesine eklenen üçüncü fıkra ile özelleştirme kavramı Anayasal bir nitelik kazanıyordu. Özelleştirme ekonomi bilimi açısından geniş anlamda devletin ekonomik faaliyetlerinin azaltılması ya da tümüyle ortadan kaldırılması, dar anlamda ise devlet tekelindeki kamu iktisadi teşebbüslerinin mülkiyetinin özel kesime devredilmesi anlamına gelmektedir.³⁵⁹ 1999 yılında Anayasa'ya giren özelleştirme kavramı ise dar anlamıyla kullanılmaktadır. Bu değişiklik ile özelleştirmeye ilişkin hükümlerin kanunla düzenleneceği belirtilerek bu konunun düzenlenmesi yasama organının çıkaracağı yasalara bırakılmıştır. Hukuk devletinin gerekleri arasında devletin, bütün kamu hizmetlerini kendi örgütü aracılığıyla ve kamu hukuku rejimine göre yürütmesi zorunlu olmadığı için, özelleştirmeye anayasal dayanak kazandıran 47'nci madde değişikliği, hukuk devletiyle doğrudan ilgili bir değişiklik değildir. Zaten Anayasa'da söz konusu değişiklik gerçekleştirilmeden önce de, özel kanunlar çerçevesinde özelleştirme uygulamaları ülkemizde 80'li yılların başından beri yapılabilmekteydi.³⁶⁰ Ancak özelleştirmenin usul ve esaslarını kurallara bağlayarak bunların nesnelleşmesini, şeffaflaşmasını sağladığı ve hukuki belirlilik ve açıklığa katkıda bulunduğu oranda bu değişikliğin hukuk devletini dolaylı olarak geliştireceği söylenebilir.

Anayasa'nın 47'nci fıkrasına eklenen son fıkra hükmüyle de devletin yürüttüğü hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleriyle ve özel hukuk hükümlerine göre, özel kişilere gördürüleceğinin tespitinin kanunla yapılacağı belirtilmiştir. Böylece idarenin yapmış olduğu sözleşmelerin hukuki niteliği yasama organı tarafından belirlenecek, bu konuda yargı organlarına ve Anayasa Mahkemesi'ne bir takdir hakkı tanınmayacaktır. Bu nedenle ilgili değişiklik ile Anayasa Mahkemesi'nin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri hakkında vermiş olduğu kararların etkisiz kılınmak istendiği ileri sürülmüştür.³⁶¹ Buna göre Anayasa'da yapılan bu değişiklikten sonra, aslında kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olan hizmetlerin neredeyse hemen hepsi, özel hukuk sözleşmeleri ile özel kişilere gördürülmeye başlanmıştır. Bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesi sonucu bunlardan doğan uyumsuzluklarda artık idari yargı yerleri değil, adli yargı yerleri görevli hale gelmiştir.³⁶² Anayasa'da yapılan bu değişiklik ile idarenin yapacağı sözleşmelerin hukuki

³⁵⁹ Caniklioğlu, Meltem, *Anayasa Arayışları ve Türkiye*, BDS Y., İstanbul 1998, s. 252.

³⁶⁰ Gözübüyük, 2003, s. 161-162.

³⁶¹ Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında özel hukuk hükümlerine tabi kılınan kamu hizmetlerinin tabi olduğu hukuki rejimi iptal etmiş ve nitelik olarak kamu hizmeti olarak gördüğü bu faaliyetlerin de kamu hukuku kurallarına göre (kamu hukuku imtiyaz sözleşmelerinin hukuki rejimine) yürütülmesi yönünde karar vermişti. E. 1994/71, K. 1995/23 sayılı kararı, t. 28.6.1995, (Aktaran) Günday, s. 311.

³⁶² Günday, s. 312.

statüsünü yasama organının saptaması, kural olarak hukuk devletine aykırılık oluşturmaz. Kamu hizmetlerine ilişkin etkinliklere özel hukuk hükümleri de uygulanırsa, yine bu hizmetler hukuk devletinin gereği olarak yargı denetimine (adli yargı) tabi olacaktır. Ancak idari konularda uzmanlaşmış ve bu konularda yetkin olan idari yargının görev alanından, idari nitelikteki bazı kamu hizmetlerin alınarak bunların adli yargının görev alanına sokulması, hukuk devletinin gereği olan idarenin yargısal denetiminin etkinliğini azaltabilecektir. Bu nedenle bu değişikliğin hukuk devletini dolaylı olarak olumsuz etkileyeceği düşünülebilir.

1982 Anayasası'nda 1999 yılında 4446 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle 125'inci maddenin birinci fıkrasına bir hüküm eklenmiştir. Buna göre: *“Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir”*(AY m. 125/1). Bundan böyle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri için, bir özel hukuk kurumu niteliğinde olan ve tarafların sadece üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri özel hukuk uyuşmazlıkları için geçerli olan tahkim yolu öngörülmüştür. Tahkim yolunda hakem bir uyuşmazlığı çözümlerken tarafların karşılıklı çıkarlarını dengeleme yoluna gider. Buna karşılık idari uyuşmazlık ve davalar tarafların karşılıklı çıkarlarının uzlaştırılmasıyla değil, kamu yararı esas alınarak (üstün tutularak) ve objektif hukuk kurallarının uygulanması ile çözümlenir. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin konusu bir kamu hizmeti olduğu için kamu yararı ön plandadır ve özel çıkarlar kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde, kamu yararının önüne geçmezler.³⁶³ Nitelik olarak özel hukuk uyuşmazlıklarına uygun olan ve kamu yararının üstün tutulduğu kamusal sözleşmelerde uygulanması sorunlara yol açabilecek olan milli veya milletlerarası tahkim yolunun kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz sözleşme ve şartlaşmaları için öngörülmesi, hukuk devletinin bir gereği olan idarenin yargısal denetimini yumuşamasına neden olacaktır.³⁶⁴ Dolayısıyla Anayasa değişikliği ile bu tür sözleşmeler için tahkim yolunun öngörülmesi hukuk devletinin gereği olan idarenin yargısal denetimini –Anayasa'nın 47/son fıkrasında olduğu gibi- dolaylı olarak zaafa uğratabilecektir.

Yine 1999 yılında yapılan değişikliklerle Anayasa'nın 155/2 fıkrasında da değişikliğe gidilmiştir. Anayasa'nın bu maddesinde yapılan değişiklikle *“imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek”* olan Danıştay'ın görevi, *“kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz*

³⁶³ Günday, s. 304.

³⁶⁴ 1999 yılında Anayasa'da yapılan değişikliklerden özelleştirme, kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri için ulusal veya uluslararası tahkim yolunun öngörülmesi ve Danıştay'ın kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerine ilişkin yetkilerinde sınırlamaya gidilmesinin ekonomik özgürlükler alanını genişleteceği ifade edilmiştir. Kaboğlu, 2010, s. 95.

şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek” olarak değiştirilmiştir.³⁶⁵ Bu değişiklikte Danıştay’ın inceleme kararı niteliğinde olan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki denetim yetkisi, danışma kararı niteliğine dönüştürülmüştür. Danıştay’ın danışma kararları, belli hukuki ve idari sorunların açıklığa kavuşturulması yönündeki kararlarıdır ve bağlayıcı nitelikte değildir. Ancak bir idari işlemde Danıştay’ın görüşünün alınması şart koşulmasına rağmen görüşü alınmamışsa, bu durumda işlem şekil yönünden hukuka aykırı olur. Buna karşılık Danıştay’ın inceleme kararları kısmen bağlayıcılığı olan, danışma kararlarından daha kapsamlı ve yerindelik denetimini de kapsayan kararlardır.³⁶⁶ Danıştay’ın kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri hakkında inceleme kararları verme yetkisinin, danışma kararları verme yetkisiyle değiştiren, Anayasa’nın 155’inci maddesinde yapılan değişiklik, hukuk devletinin gereklerine doğrudan aykırı değildir. İdarenin kendi içinde yaptığı bir denetim niteliğinde olan danışma ve inceleme kararları, ve bu kararların kapsamı hukuk devletinin olmazsa olmaz unsurlarından değildir. Hukuk devleti için asıl önemli olan, idarenin yargısal denetim yollarının amaçlarına uygun bir şekilde işletilebilmesidir. Ancak imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında Danıştay’ın idari denetim yetkisinin sınırlandırılmasının, idarenin hukuki denetimini belli işlemler açısından zayıflatması nedeniyle hukuk devletini dolaylı olarak olumsuz etkilediği, -Anayasa’nın 47/son ve 125/1 fıkralarında olduğu gibi- ileri sürülebilir.

Anayasa’da 1999 yılında yapılan değişikliklerle DGM’lerin oluşumundan askeri hakimlerin çıkarılması, DGM üyelerinin atanmasının HSYK tarafından yapılması mahkemelerin bağımsızlığı, yargıç güvenceleri açısından olumlu nitelikte değişiklikler olmuştur. Ardından 2004 yılında yapılan değişikliklerle Anayasa ve kanunlarla görevlendirilen, özel görevli bir mahkeme olan ve devletin güvenliğiyle ilgili özel bir suç kategorisi yaratmak suretiyle tabii hakim ilkesine aykırılık oluşturduğu şeklinde görüşler ifade edilen DGM’ler³⁶⁷ kaldırılmıştır. DGM’ler hakkında aşamalı olarak yapılan bu değişiklikler hukuk devletini güçlendiren değişiklikler olmuştur. Buna karşılık, idari sözleşmeler üzerinde Anayasa Mahkemesi, Danıştay’ın ve diğer idare mahkemelerinin denetim yetkilerini zayıflatan değişiklikler, idarenin denetiminin etkinliğini azaltmak amacıyla yapılan değişiklikler olduğu izlenimini uyandırmaktadır. Bu nedenle bu değişikliklerin hukuk devleti açısından olumsuz sonuçlar doğurabilmesi olasıdır. Dolayısıyla 1999 ve 2004 Anayasa değişiklikleri hukuk devleti için artıları ve eksileri birlikte içeren değişikliklerdir.

³⁶⁵ Günday, s. 366.

³⁶⁶ Odyakmaz; Kaynak; Ercan, s. 634-635.

³⁶⁷ Erdoğan, s. 166-167.

2.2.2.4. 2001 Değişikliği ve Hukuk Devleti'nin İvme Kazanması

3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla³⁶⁸ 1982 Anayasası'nın başlangıç bölümü dahil 13, 14, 19, 20, 21, 22, 23, 26, 28, 31, 33, 34, 36, 38, 40, 41, 46, 49, 51, 55, 65, 66, 67, 69, 74, 87, 89, 94, 100, 118, 149, geçici 15'inci maddelerinde değişiklikler yapılmıştır. Bunlardan başlangıç metninde yapılan değişiklikle beşinci fıkradaki, “*Hiçbir düşünce ve mülahazanın*” ibaresi “*Hiçbir faaliyetin*” ibaresiyle değiştirilmiştir (4709 sk. m. 1). Bu değişiklikten bundan böyle Türk millî menfaatleri, Türk varlığı, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esası, Türklüğün tarihî ve manevî değerleri, Atatürk milliyetçiliği ve ilke, inkılâpları ile medeniyetçiliğinin karşısında “*düşünceler*” değil “*faaliyetler*” koruma görmeyecektir. Çağdaş demokrasilerde devlet organları kural olarak bireylerin iç dünyaları ve amaçlarıyla değil eylemleriyle uğraşırlar. Anayasa'nın başlangıcında yer alan “*hiçbir düşünce ve mülahaza*” diye başlayan bölüm ise çağdaş demokrasilerde olması gerekenin aksine, düşünce özgürlüğünü daraltma tehlikesi yaratan bir düzenlemeydi.³⁶⁹ Ayrıca bu kavramların yargı organı tarafından devlet ve toplum yararına uygun olarak ve evrensel tanımlarından uzak bir şekilde algılanmasının düşünce özgürlüğünü daha da çok daralttığı söylenmiştir.³⁷⁰ Bu nedenlerle Anayasa'nın başlangıç bölümünde yapılan değişiklikle düşünceler yerine faaliyetleri³⁷¹ ibaresinin getirilmesi çağdaş demokrasiyi ve buna bağlı olarak hukuk devleti ilkesini ve onun özgürlükler düzeninin genişlemesini sağlayacak bir değişikliktir.

1982 Anayasası'nın ilk metninde, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını düzenleyen 13'üncü maddesi şu şekildeydi: “*Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğinin, Cumhuriyetin, milli güvenliğinin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı*

³⁶⁸ Resmi Gazete, 17 Ekim 2001, Sayı 24556 Mükerrer.

³⁶⁹ Selçuk, s. 141. Doktrinde başlangıç bölümlerinin Anayasa'nın dayandığı temel felsefeyi ifade eden ve çoğunlukla normatif değerden yoksun olan, herhangi bir hukuki sonuç doğurmayan, manevî değerde metinler olduğu; dolayısıyla bunlarda yapılan değişikliklerin hukuki bir sonuç doğurmadığını ve yapılan değişikliğin de gereksiz olduğu iddia edilmiştir. Gözler, s. 7. Ancak başlangıç bölümü hükümlerinin normatif değere sahip olduğunu kabul etmek gerekir. Başlangıç bölümündeki kurallar da hukuk kurallarının sahip olduğu soyutluk, genellik, bir emir ve yaptırıma sahip olma özelliklerine sahiptir. Güriz, Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, Siyasal Kitabevi, Ankara 1999, s. 17. Örneğin söz konusu fıkradaki emir, belli kavramlara karşı düşünce ve mülahazalarda bulunulamayacağı, yaptırım ise bunların koruma görmeyeceğidir. Başlangıç metninin Anayasa'ya dahil olduğu (176/1) hükmü karşısında, bu metnin hukuki sonuç doğurduğunu kabul etmek gerekir.

³⁷⁰ Selçuk, s. 145.

³⁷¹ Bu ibarede yapılan değişiklikle hiçbir düşünce ve mülahaza ibaresi yerine gelen hiçbir “*faaliyet*” ibaresinin düşünce özgürlüğünün sınırlarını genişletmede yeterli bir ilerleme sağlamadığı; halbuki değişiklik sonucunda hiçbir “*eylemin*” ibaresi getirilmiş olsaydı düşünce ve ifade özgürlüğünün daha fazla genişleyeceği de ifade edilmiştir. Erdem, s. 163.

ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunlarla sınırlanabilir. (birinci fıkra) Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz. (ikinci fıkra) Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir. (üçüncü fıkra)” Anayasa’da 2001 yılında yapılan değişikliklerle ise bu madde şöyle değiştirilmiştir: “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” (4709 sk. m. 2) Böylece Anayasa’nın ilk şeklinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına dair genel hüküm olan 13’üncü madde, bu değişikliklerle birlikte özgürlükleri güvenceleme hükmüne dönüştürülmüştür.³⁷²

Anayasa’nın 13’üncü maddesinin değiştirilmeden önceki şeklinde yer alan “devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, milli egemenlik, Cumhuriyet, milli güvenlik, kamu düzeni, genel asayiş, kamu yararı, genel ahlak, genel sağlık” gibi Anayasa’da yer alan bütün temel hak ve hürriyetlerin, bu nedenlerden birine ya da birkaçına dayanılarak sınırlanabildiği ve temel hak ve özgürlüklerin düzenlendiği maddeden ayrı bir maddede yer alan sınırlama sebeplerine genel sınırlama nedenleri denir. Temel hak ve özgürlüğün düzenlendiği madde içinde yer alan ve bu madde içinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin sınırlanabildiği sınırlama sebeplerine ise özel sınırlama nedenleri denir.³⁷³ Anayasa’nın değiştirilen 13’üncü maddesi hükmüne göre artık temel hak ve özgürlükler, maddeden çıkartılan genel sınırlama nedenlerine dayanarak sınırlanamayacak; ancak ilgili hak ve özgürlüğün düzenlendiği maddede yer alan özel sınırlama nedenlerine dayanılarak sınırlanabilecektir.³⁷⁴ Anayasa’nın 13’üncü maddesinde yapılan 2001 değişiklikleriyle, artık temel hak ve özgürlükleri güvenceleyen bu maddenin Avrupa standartlarına da uygun olduğu ifade edilmiştir.³⁷⁵

Anayasa’nın eski 13’üncü maddesinde yer alan genel sınırlama nedenlerinin sayıca çok fazla, ifade olarak çok genel ve içerik olarak da çok belirsiz olduğu ifade edilmişti. Dolayısıyla bu durum temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında keyfiliği arttıracak ve

³⁷² Kaboğlu, 2010, s. 90.

³⁷³ Gözler, 2001, s. 8.

³⁷⁴ Genel sınırlama nedenleri Anayasa’dan çıkartılması sonucunda bazı temel hak ve özgürlükler kendi maddelerinde özel sınırlama sebebi sayılmadığı için sınırsız özgürlükler haline gelmiştir. Örneğin düşünce ve kanaat hürriyeti (AY m. 25), hak arama hürriyeti (AY m. 36), dilekçe hakkı (AY m. 74) gibi. Dikici s. 93.

³⁷⁵ Kaboğlu, 2010, s. 91.

Anayasa Mahkemesi'nin yargısal denetimini zorlaştırabilecektir.³⁷⁶ 1982 Anayasası'nda genel sınırlama nedenlerinin bu kadar çok ve anlamlarının da belirsiz olması yanında, ayrıca özel sınırlama nedenlerinin de çok geniş tutulmasının insan haklarını tamamen baskı altına alma ve etkisiz hale getirmek amacıyla gerçekleştirildiği ileri sürülmüştü.³⁷⁷ Bu nedenle temel hak ve özgürlüklerin aşırı sınırlanmasına neden olabilen genel sınırlama nedenlerinin Anayasa'dan çıkartılması Anayasa'da düzenlenen temel hak ve özgürlüklere yönelik aşırı müdahalelerin önüne geçebilecek ve bunların sınırlarını genişleterek hukuk devletini ileri taşıyabilecektir.

Ancak Anayasa'nın 13'üncü maddesinden çıkartılan genel sınırlama nedenlerinin temel hak ve özgürlüklerin alanını sanıldığı kadar genişletmeyeceği ifade edilmiştir. Buna göre öncelikle 13'üncü maddeden çıkartılan genel sınırlama nedenlerinden birçoğu, temel hak ve özgürlüklerin düzenlendiği maddelere özel sınırlama nedenleri olarak eklenmiştir.³⁷⁸ 2001 değişiklikleri ile temel hak ve özgürlüklerin genel sınırlama sistemi terk edilerek, bunun yerine özgürlüklerin niteliklerine göre "*farklılaştırılmış sınırlama sistemine*" geçilmiştir. Ancak bu sistemin de gereklerine uyulmamıştır. Benimsenen bu yeni sisteme göre her bir hak ve özgürlüğün koruduğu nesnel alanın zorunlu kıldığı oranda ve bu alanın içeriğine uygun sınırlama nedenlerinin ilgili maddeye eklenmemiştir. Bazı temel hak ve özgürlükler için, bunların niteliği dikkate alınmadan aşırı sınırlamalara gidilmiş, bazılarının ise çekirdek haklar olmamalarına rağmen sınırlama nedenleri öngörülmediği ifade edilmiştir.³⁷⁹

Yine 2001 yılında Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yapılan değişikliklerle temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sınırı olarak, hak ve özgürlüklerin özüne dokunulamayacağı ölçütü Anayasal bir ölçüt haline getirilmiştir. Bu değişiklikle temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sınırı olarak, diğer hak ve özgürlükleri yönlendiren, bu hak ve özgürlüklerin nasıl anlaşılması, uygulanması ve sınırlanması konusunda genel bir ölçüt olarak kabul edilen, AİHS'nin de temelini oluşturan demokratik toplumun gerekleri ölçütüne³⁸⁰ ek olarak hakkın ve özgürlüğün özü ölçütü Anayasa'ya girmiş ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sınırı olarak iki ölçüt Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer almıştır.

³⁷⁶ Sancar, 2000, s. 146. Genel sınırlama sebeplerinin Anayasa'dan çıkartılmasının bazı temel hak ve özgürlükleri sınırlandırmayı zorlaştıracağı, hatta imkansız kılacağı; yine AİHS'nin de genel sınırlama nedenleri öngörmesi nedeniyle, bunların Anayasadan çıkartılmasının hukuk sistemimiz açısından telafisi mümkün olmayan zararlara neden olabileceği savunulmuştur. Bu nedenle genel sınırlama nedenlerinin tamamen kaldırılması yerine, bunların azaltılması önerilmiştir. Gözler, 2001, s. 11.

³⁷⁷ Sancar, s. 147.

³⁷⁸ Erdem, s. 159,160.

³⁷⁹ Erdem, s. 160.

³⁸⁰ Selçuk, s. 144.

1961 Anayasası'nda da temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sınırı olarak kullanılan hakkın özü ölçütü, her temel hakta bir öz ve bir cevher bulunduğu, hak öznesine dokunulmaz asgari bir alan sağlandığını, özgürlüğün kendi içinde mevcut olduğunu ve mutlak bir nitelik taşıdığını anlatmaktadır. Demokratik toplum düzeninin gerekleri ise özgürlüğün dışında yer alan ve nispi bir kavramdır. Bu tanım bile temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında hakkın özü kavramının daha etkili bir ölçüt olduğunu göstermektedir.³⁸¹ Hakkın ve özgürlüğün özü ölçütünün ne anlama geldiğini ise soyut ve bağımsız olarak belirleme imkanı yoktur. Her özgürlüğün özünü kendi koşulları içinde değerlendirmek gerekir. Anayasa Mahkemesi dolaylı olarak hakkın özünü, bir hakkın ya da özgürlüğün kullanılmasını, *“açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde yapılamaz hale koyan veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldıracı nitelikte olmayan hükümler, bir hak ve hürriyetin özüne dokunuyor sayılmaz.”*³⁸² şeklinde tanımlamıştır. 1982 Anayasası'nın ilk şeklinde yer almayan bu ölçütün temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sınırı olarak Anayasa'ya girmesi, bireylere demokratik toplumun gerekleri ölçütüne göre daha fazla koruma sağlayabileceği için hukuk devleti açısından olumlu bir değişiklik olmuştur.

Anayasa Mahkemesi, 2001 Anayasa değişikliklerinden önce de demokratik toplum düzeninin gereklerinden hakkın özü kavramını anlamaktaydı. Yüksek Mahkeme bir kararında demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı bir yasanın aynı zamanda hakkın ve özgürlüğün özüne de dokunacağını belirtmiş; böylelikle Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlere ilişkin hükümlerini genişletici bir yoruma tutmuştu.³⁸³ Anayasa Mahkemesi'nin demokratik toplum düzeninin gereklerinin, hak ve özgürlüklerin özü kavramıyla aynı anlama geldiği şeklindeki içtihadından sonra, 1982 Anayasası'nın 13'üncü maddesine girmiş olan hakkın özü kavramının temel hak ve özgürlükler açısından önemli bir yenilik getirmediği de düşünülebilir. Kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetlemekle görevli tek organ olan Anayasa Mahkemesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sınırı olarak bu ölçütü demokratik toplum düzeninin gerekleri ile eş tutarak zaten kullanıyordu. Ancak bundan böyle Anayasa Mahkemesi vereceği bütün kararlarında hakkın özü kavramını bağımsız bir ölçüt olarak kullanmak zorunda kalacak ve eski içtihadından da dönemeyecektir.

Anayasa'nın 13'üncü maddesinde 2001 yılında yapılan bir diğer değişiklik, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sınırı olarak *“laik Cumhuriyetin gerekleri”* ölçütünün getirilmiş

³⁸¹ Sancar, s. 148.

³⁸² Anayasa Mahkemesi'nin E. 62/208, K. 63/1, t. 4.1.1963, sayılı kararı, (Aktaran) Gözübüyük, 2003, s. 174.

³⁸³ Anayasa Mahkemesi'nin E. 1986/17, K. 1987/11, t. 22.05.1987, (Aktaran) Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Y., Ankara 2003, s. 107-108. Ayrıca bu konu hakkındaki başka bir karar için bkz. E. 1988/14, K. 1998/18, t. 14.6.1988, (Aktaran) Erdem, s. 160.

olmasıdır. Türkiye açısından laik Cumhuriyet'in gerekleri, resmi bir devlet dininin bulunmaması, devlet yönetiminin ve toplumsal ilişkilerin din kurallarına tabi olmaması ve devletin din hizmetlerini bir kamu hizmeti olarak görmesi olarak kabul edebilir.³⁸⁴ Ancak Anayasa'nın 13'üncü maddesine eklenen laik Cumhuriyet ölçütünün temel hakların sınırlanmasının sınırı olamayacağı yönünde eleştiriler olmuştur. Bu eleştiriler lâiklik ve temel hak ve hürriyetlere saygının birbirinden tamamıyla bağımsız iki kavram olduğu ve laik Cumhuriyet'in gereklerinin, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sınırı olarak kullanılmasında elverişsiz bir ölçüt olduğu noktasında toplanmıştır. Bu nedenle, Anayasa'ya bu ölçütün eklenmesinin anlamsız ve gereksiz bir kavram kargaşasına yol açtığı ifade edilmiştir.³⁸⁵ Laik Cumhuriyet'in gereklerinin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırmanın sınırı olma konusunda uygun bir ölçüt olmaması ve bu değişikliğin hukuk devleti açısından önemli bir yenilik getirmedığı haklılık payı olan bir görüştür. Ayrıca bu ölçütün temel hak ve özgürlükleri aşırı sınırlamak amacıyla Anayasa'ya alınmış olduğu da ifade edilmiştir.³⁸⁶

Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yapılan bir diğer değişiklik maddenin eski şeklinde yer alan “*özgürlüklerin öngörülen amaç dışında kullanılmaması*” ölçütü yerine, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sınırı olarak “*ölçülülük*” ilkesinin benimsenmesidir.³⁸⁷ Ölçülülük ilkesi, “*bir önlemin ya da aracın belirli bir amaç için uygunluğu, önlemin ya da aracın gerekliliği veya zorunluluğu, son olarak önlem ya da aracın yöneldiği hukuki çıkarlarla oranlılığı ya da dar anlamda ölçülülüğü*”³⁸⁸ şeklinde tanımlanabilir. Devletin, bireyin özgürlük alanına getirdiği her sınırlamada araçların izlenen amaçlara orantılı (ölçülü) olması ilkesine saygı göstermesi gerekir. Bu ilke hukuk devletinin de doğal bir sonucudur. Devlete karşı yurttaşın özgürlük hakkının anlatımı olarak temel haklar, kamu makamları tarafından ancak kamu düzeninin korunmasını sağlamak için, ancak zorunlu olduğu ölçüde sınırlanabilir.³⁸⁹ Hukuk devleti düşüncesinin temelinde yer alan ölçülülük ilkesi aynı zamanda “*özgürlüğün asıl, sınırlamanın ise istisna*” olduğu kuralının da bir gereğidir. Asıl olan özgürlükse, sınırlamalar ancak istisnai olarak ve durumun gerektirdiği seviyede (ölçüde) ve amaca uygun olarak mümkün olabilir. Hukuk devletinin doğal bir sonucu ve gereği olan

³⁸⁴ Günday, s. 55-56.

³⁸⁵ <http://www.anayasa.gen.tr/madde13.htm>. 29. 05. 2011.

³⁸⁶ Erdem, s. 161.

³⁸⁷ Dikici, s. 93.

³⁸⁸ Kanadoğlu, s. 163, Gözler, 2010, s. 405.

³⁸⁹ Alman Anayasa Mahkemesi de ölçülülük ilkesine aykırı uygulamaların hukuk devleti ilkesine aykırı olacağı, ölçülülük ilkesinin hukuk devletinin sonucu olduğu ve aynı zamanda temel hakların doğasından çıktığı yönünde kararlar vermiştir. Kaboğlu, İbrahim, *Anayasa Yargısı*, İmge Kitabevi, İstanbul 1994, s. 199-120.

ölçülülük³⁹⁰ ilkesini Anayasa'ya taşıyan 2001 değişikliği, doğal olarak hukuk devleti için olumlu bir değişikliktir.

1982 Anayasası'nda 4709 sayılı Kanunla temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılması başlıklı 14'üncü maddesinde değişikliğe gidilmiştir. Anayasa'nın 14'üncü maddesinde eski maddeden farklı olarak üç değişiklik yapılmıştır. Bunlardan ilki eski metinde yer alan “devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak” dışındaki bütün kötüye kullanmaların maddeden çıkartılması olmuştur. Bunların yerine ise “insan haklarına dayanan demokratik ve laik cumhuriyeti ortadan kaldırmak” ifadesine yer verilmiştir. İkinci olarak maddenin eski biçiminde var olan ve muğlak bir kavram olan “amaç” tabiri yerine “faaliyet” tabiri getirilmiştir. Son olarak maddeye yapılan bir ekleme ile devletin de temel hak ve özgürlükleri kötüye kullanabileceği kabul edilmiş ve devlet insan haklarını kötüye kullanmama yaptırımı altına sokulmuştur. Anayasa'da yapılan bu değişiklikler temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılma hallerinin azaltıldığı ve devleti de bu konuda yükümlülük altına soktuğu için olumludur. Ayrıca maddenin bu halinin AIHS'nin 17'nci maddesine de yaklaştığı ifade edilmiştir.³⁹¹ Yine muğlak bir tabir olan amaç kavramı yerine, daha belirli olan faaliyet kavramının kullanılması da özgürlükleri genişletici bir değişikliktir. Anayasa'nın 14'üncü maddesinde 2001 yılında yapılan değişikliklerle madde, otorite aleyhine ve insan hak ve özgürlükleri lehine bir evrim geçirmiştir.³⁹²

Ancak Anayasa'nın 14'üncü maddesinde 2001 yılında yapılan bu değişikliğin maddeye yeni bir anlam katmadığı, yeni maddenin eski maddenin farklı ifadelerle bir tekrarı olduğu da ileri sürülmüştür. Buna göre maddenin birinci fıkrasının önceki ve sonraki hükümleri arasında anlam bakımından herhangi bir fark yoktur. Örneğin her iki madde döneminde de, bir temel hak veya özgürlük, bir başka temel hak veya özgürlüğü yok etmek için veya dil, ırk, din ayrımı yapmak için kullanılamayacak, ırk ayrımcılığını savunan kitaplar yayımlanamayacak veya zümre diktatörlüğünü savunan dernekler kurulamayacaktır. Yine eski ve yeni maddenin 2'nci ve 3'üncü fıkraları da içerik itibarıyla aynı anlama gelen hükümler içermektedir.³⁹³

2001 yılında Anayasa'nın kişi hürriyeti ve güvenliğini düzenleyen 19'uncu maddesi değiştirilmiştir. Bu değişiklikle 19'uncu maddenin beşinci fıkrasının ilk cümlesi şu şekilde olmuştur. “Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi

³⁹⁰ Ayrıca Anayasa'da bu değişiklik yapılmadan önce de ölçülülük ilkesi Anayasa Mahkemesi tarafından temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sınırı olarak kullanılan bir ölçüttü. E. 1986/12, K. 1987/14, t. 11.2.1987, (Aktaran) Erdem, s. 161.

³⁹¹ Erdem, s. 161.

³⁹² Kaboğlu, 2010, s. 173.

³⁹³ Gözler, 2001, s. 13-14.

için gerekli süre hariç en geç kırk sekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır.” Anayasa’da yapılan bu değişiklikle 19’uncu maddede hakim önüne çıkarılma süresi –kişinin mahkemeye gönderilmesi için geçen süre hariç- toplu suçlarda 15 günden 4 güne indirilmektedir (4709 sk. m. 4). Anayasa’nın 19’uncu maddesi “*Habeas Corpus*” hakkı çerçevesinde değerlendirilen bir haktır. Yakalanan ya da tutuklanan kişilerin haksız tutulmasıyla ilgili bütün güvenceleri içeren bir hak olan Habeas Corpus pasif bir hak niteliğindedir. Bu hak uyarınca sistemin, yakalanan kişinin derhal bir hakim veya adli bir makam önüne çıkartılacak şekilde yapılandırılması gerekir.³⁹⁴ Bireyler açısından bir güvence olan Habeas Corpus hakkı kapsamında bulunan ve AİHS’de³⁹⁵ de güvence altına alınan hakim önüne çıkarılma hakkının, toplu suçlarda 15 günden 4 güne indirilmesi hukuk devletinin temel hak ve özgürlüklerin korunması gereğiyle daha uyumlu bir düzenleme olmuştur.

Yine 2001 yılında 19’uncu maddede yapılan değişiklikle altıncı fıkra hükmü şu şekilde değiştirilmiştir: “*Kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir.*” (4709 sk. m. 4). Böylelikle soruşturmanın konusunun açığa çıkmaması için kesin zorunluluk olduğunda, kişinin yakalandığını ya da tutuklandığını yakınlarına bildirmeme yetkisini veren eski istisna hükmü Anayasa’dan çıkartılmıştır. Artık bu konuda herhangi bir istisna olmaksızın kişinin yakalandığı ya da tutuklandığı derhal yakınlarına bildirilecektir. Yeni madde ayrıca yakalanan ve tutuklanan herkesin durumunu istisnasız yakınlarına bildirilmesini öngören AİHS hükümleriyle de uyumlu olmuştur.³⁹⁶ Bu değişiklik de Habeas Corpus hakkı çerçevesinde olan ve hukuk devletinin temel hak ve özgürlüklerin güvence altında olması gereğiyle uyumlu bir düzenleme olmuştur.

2001 yılında Anayasa’nın 19’uncu maddesinin son fıkrası ise şu şekilde değiştirilmiştir. “*Bu esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir*” (4709 sk. m. 4). 19’uncu madde değiştirilmeden önce de ilgili fıkra hükmü şöyleydi: “*Bu esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, kanuna göre, Devletçe ödenir.*” Anayasa’nın 19’uncu maddesinde bu değişiklik yapılmadan önce de haksızlığa uğrayan kişiler devlete başvurup, tazminat talebinde bulunabiliyor ve bir haksızlığa uğramışsa tazminata hak kazanabiliyordu. Bu nedenle

³⁹⁴ Centel; Zafer, s. 152-153.

³⁹⁵ AİHS, bu şekilde özgürlüğünden alıkonmuş kişilere çeşitli haklar tanımaktadır. Sözleşmenin 5’inci maddesinin üçüncü bendine göre yakalanan ya da tutuklanan kişinin hemen hakim önüne çıkarılması gerekir. Herkesin makul bir süre içinde yargılanmaya ve adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır. Buradaki asıl amaç tutukluluk süresinin aşırı uzaması nedeniyle, cezanın bir tür önceden infaz yolunun (suçsuzluk karinesini kaldıran durumların) kapatılmasıdır. Kaboğlu, 1998, s. 176.

³⁹⁶ Kaboğlu, 1998, s. 177.

maddenin eski ve yeni metinleri arasında anlam bakımından bir fark olmadığı haklı olarak ifade edilmiştir.³⁹⁷ Hukuk devleti açısından önemli olan ise haksızlığa uğrayan kimselerin, bu haksızlıklarının tazmin edilmesi olduğu için ilgili fıkra yapılan değişiklik hukuk devleti için önem arz etmemektedir. Ayrıca maddeye eklenen “*tazminat hukukunun genel prensiplerine göre*” ibaresinin, tazminat talepleri için özel hukuk hükümlerinin uygulanması gerektiği izlenimini uyandırdığı söylenmiştir.³⁹⁸ Ancak maddede yapılan değişiklikten böyle bir anlam çıksa bile, bu değişiklik hukuk devletiyle doğrudan ilgili değildir. Hukuk devletinde önemli olan verilen zararın adil ve hakkaniyete uygun bir şekilde tazminidir. Yoksa bu tazminat talepleri için uygulanan hukuki rejim değildir.³⁹⁹

1982 Anayasası’nda 2001 yılında yapılan değişikliklerle özel hayatın gizliliğini düzenleyen 20’nci maddenin ilk fıkrasından “*Adli soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır.*” şeklindeki üçüncü cümle çıkartılmıştır.” (4709 sk. m. 5). Bundan böyle adli soruşturma ve kovuşturma gereklerine dayanarak özel hayatın gizliliği hakkı sınırlanamayacaktır. Zira adli soruşturma ve kovuşturmanın gerekleri özel hayatın gizliliği hakkının düzenlendiği 20’nci maddede yer alan özel bir sınırlama nedenidir. Dolayısıyla Anayasa’nın 20’nci maddesinde yapılan bu değişiklik, özel hayatın gizliliği hakkının kapsamını genişleten ve hukuk devletinin özgürlükler düzenine uygun olan bir değişikliktir.

2001 değişiklikleriyle Anayasa’nın 20’ci maddesinin eski şeklinde yer alan “*Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz.*” şeklinde olan hükmü, “*Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.*” şeklinde değiştirilmiştir (4709 sk. m. 5).

³⁹⁷ Gözler, 2001, s. 14.

³⁹⁸ Gözler, 2001, s. 15.

³⁹⁹ Örneğin bir hukuk devleti olan ve yargı birliği sisteminin uygulandığı, ayrı idare mahkemelerinin yer almadığı İngiltere’de, idari nitelikte olsa bile vatandaşların devlete karşı zararlarının tazmini için açılan davalara adli mahkemelerde bakılır. Dolayısıyla adli ya da idari mahkemelerde devletin vermiş olduğu zararlara karşı dava açılabilmesi hukuk devletinin zorunlu bir unsuru değildir. Gözübüyük, Şeref, *Yönetmelik Yargı*, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 3-4.

Bu değişikle Anayasa'nın 20'nci maddesinin ikinci fıkrasına millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi özel sınırlama nedenleri eklenmiştir. Bu özel sınırlama nedenlerinin, Anayasa'nın 13'üncü maddesindeki genel sınırlama nedenlerinin kaldırılması dolayısıyla getirildiği söylenebilir. Maddeye eklenen bu özel sınırlama nedenlerinin, genel sınırlama nedenlerine göre daha ağır olduğu söylenmiştir.⁴⁰⁰ Anayasa'nın eski 13'üncü maddesinde geçen genel sınırlama nedenleri ise şunlardır: Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, milli egemenlik, Cumhuriyet, milli güvenlik, kamu düzeni, genel asayiş, kamu yararı, genel ahlak ve genel sağlık. Genel sınırlama nedenleri ile 20'nci maddeye eklenen bu özel sınırlama nedenlerinin karşılaştırıldığında Anayasa'dan çıkarılan genel sınırlama nedenlerinin sayıca daha çok ve daha ağır olduğu görülecektir. Bu nedenle özel sınırlama nedenlerinin, özel hayatın gizliliği hakkını öncekine göre daha fazla sınırladığı görüşü haklı değildir. Ancak maddeye giren özel sınırlama nedenlerinin çok genel, soyut ve geniş kavramlar olması nedeniyle ilgili temel hak ve özgürlüğün sınırlanmasında önemli bir değişiklik yaratmayacağı daha makul ve haklı bir eleştiri olabilir.

Yine Anayasa'nın 20'nci maddesinin ikinci fıkrasında yapılan bir diğer değişikle, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde özel hayatın gizliliğine dokunmakla kanunen yetkili kılınan merciin yazılı emrinin 24 saat içinde görevli hakim onayına sunulacağı, hakim de kararını 48 saat içinde açıklayacağı; açıklamadığı takdirde kararın kendiliğinden kalkacağı düzenlemesi getirilmiştir. Böylece eski hükümdede gecikmesinde sakınca bulunan hallerde özel hayatın gizliliğine dokunma konusunda kanunla mutlak olarak yetkili kılınan merciin kararının geçerliliği, bu kararın 24 saat içinde görevli hakim onayına sunulmasına ve hakim onayının 48 saat içinde alınmasına bağlanmıştır. Hakim teminatına sahip olan (AY. m. 139), bağımsız ve tarafsız olarak (AY m. 138) görevlerini yürüten hakimlerin, özel hayatın gizliliği hakkına dokunan yetkili merciin kararını denetleyebilmesi, özel hayatın gizliliği hakkı için daha güvenceli bir sistem yaratmıştır. Böylelikle kişinin özel hayatına yönelik idari makamlarca yapılacak keyfi müdahaleleri en aza indirerek hukuk devletinin özgürlüklerin güvence altında olması gereğine –eskisine göre- daha uygun bir düzenleme kabul edilmiştir.

2001 yılında Anayasa'nın konut dokunulmazlığını düzenleyen 21'inci maddesi değiştirilmiştir. 21'inci madde değiştirilmeden önce şu şekildeydi: *“Kimsenin konutuna dokunulamaz. Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri*

⁴⁰⁰ Gözler, 2001, s. 20-21.

bulunmadıkça kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz.” Bu madde 2001 yılı değişiklikleri sonucu ise şöyle olmuştur: “Kimsenin konutuna dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.” (4709 sk. m. 6).

Anayasa'nın konut dokunulmazlığını düzenleyen 21'inci maddesinde yapılan değişiklikle de -20'nci maddenin ikinci fıkrasında olduğu gibi- özel sınırlama nedenleri maddeye eklenmiştir. Maddeye giren bu özel sınırlama nedenlerinin 20'nci maddede olduğu gibi özgürlüğü daha fazla sınırlayacağı iddia edilmiştir. (Aynı görüş 22'nci madde için de ileri sürülmüştür).⁴⁰¹ Buna karşılık genel sınırlama nedenlerin, bu maddeye (ve maddelere) giren sınırlama nedenlerinden hem sayıca fazla, hem de nitelik olarak daha ağır olması nedeniyle, bu görüşe katılmak mümkün değildir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınan merciin kararlarının 24 saat içinde görevli hakimın onayına sunulması ve kararın geçerliliğinin, hakimın kararını yine 48 saat içinde açıklaması koşuluna bağlanması için de 20'inci maddede söylenenler geçerlidir. Konut dokunulmazlığı hakkı için de eskisine göre daha güvenceli bir sistem getirilmiştir. Dolayısıyla konut dokunulmazlığının yeniden düzenlendiği 21'inci madde değişikliği, hukuk devletini daha ileri götürebilecek niteliktedir.

Yine haberleşme hürriyetini düzenleyen Anayasa'nın 22'nci maddesi 2001 değişiklikleri ile değiştirilmiştir. Eski metninde “*Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğe dokunulamaz.*” şeklinde olan hüküm, “*Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat*

⁴⁰¹ Erdem, s. 162.

içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.” şeklinde değiştirilmiştir (4709 sk. m. 7).

Anayasa'nın haberleşme hürriyetini düzenleyen 22'nci maddesindeki değişiklik, 20'nci maddenin ikinci fıkrası ve 21'inci maddedeki değişikliklerle nitelik itibariye aynıdır. Bu maddeye de özel sınırlama nedenleri eklenmiş, kanunen yetkili kılınan merciin kararı hakim denetimine tabi tutulmuş ve hakimin kararını belli süre içinde açıklaması öngörülmüştür. Dolayısıyla daha önceki açıklamalar 22'nci madde için de geçerlidir. Bu nedenle Anayasa'nın 22'nci maddesinde yapılan bu değişiklik hukuk devletinin özgürlüklerin koruma altında olması gereğiyle daha uyumlu bir değişikliktir.

2001 Anayasa değişiklikleriyle, yerleşme ve seyahat hürriyetinin düzenlendiği 23'üncü maddenin beşinci fıkrasında geçen “*ülkenin ekonomik durumu*” ibaresi madde metninden çıkartılmıştır (4709 sk. m. 8). Ülkenin ekonomik durumu ibaresi, ilgili temel hak ve özgürlüğün düzenlendiği madde metninde yer alan ve bu nedene dayanarak yerleşme ve seyahat özgürlüğün yasayla sınırlayabildiği özel bir sınırlama nedenidir. Bu ibarenin 23'üncü maddeden çıkartılmasıyla, yasama organı artık ülkenin ekonomik durumunu gerekçe göstererek, yerleşme ve seyahat özgürlüğünü sınırlayamayacaktır. Anayasa'nın 23'üncü maddesinde yapılmış olan bu değişikliğin, temel hak ve özgürlüğü genişleten ve hukuk devleti ilkesiyle örtüşen bir değişiklik olduğu söylenebilir.

Anayasa'nın düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini düzenleyen 26'ncı maddesinin ikinci fıkrasına da, 2001 yılı değişiklikleriyle “*millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması*” (4709 sk. m. 9) gibi özel sınırlama nedenleri eklenmiştir. Bu değişikliğin 13'üncü maddede yapılan değişiklikle kaldırılan genel sınırlama nedenlerinin yarattığı boşluğu doldurmak amacıyla gerçekleştirildiği söylenebilir. Anayasa'nın 26'ncı maddesine giren özel sınırlama nedenleri, 13'üncü maddedeki genel sınırlama nedenlerine göre daha ağır değildir. Dolayısıyla 26'ncı maddeye giren özel sınırlama nedenlerinin, ifade özgürlüğünü daha öncesine göre genişlettiği söylenebilir. Buna karşılık düşünce özgürlüğünün tek sınırının, gerçek kişilerin kişilik haklarının korunması olduğu söylenmiştir.⁴⁰² Eğer bu görüş doğruysa, düşünce özgürlüğünden ayrı düşünülmesi mümkün olmayan ifade özgürlüğü için getirilen bu özel sınırlama nedenlerinin, bu özgürlüğü aşırı ölçüde daralttığı sonucu çıkar. Bu nedenle düşünce ve ifade özgürlüğüne getirilen bu sınırlamalar önceki düzenlemeye göre nispi olarak

⁴⁰² Ökçesiz, 2008, s. 84.

ileri bir seviyede yer alsa da, düşünce özgürlüğünün olması gerektiği yerden çok uzaktır. Ayrıca maddeye giren özel sınırlama nedenlerinin tanımlanmasındaki zorluğun, düşünce ve ifade özgürlüğünü daha korumasız bırakacağı ifade edilmiştir.⁴⁰³

Anayasa'nın 26'ncı maddesinde yapılan bir diğer değişiklik üçüncü fıkranın maddeden çıkartılmasıdır (4709 sk. m. 9). Söz konusu fıkra şu şekildeydi: *“Düşüncelerin açıklanması ve yayılmasında kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dil kullanılamaz. Bu yasağa aykırı yazılı veya basılı kağıtlar, plaklar, ses ve görüntü bantları ile diğer anlatım araç ve gereçleri usulüne göre verilmiş hakim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınan merciin emriyle toplattırılır. Toplatma kararını veren merci bu kararını, yirmi dört saat içinde yetkili hakime bildirir. Hakim bu uygulamayı üç gün içinde karara bağlar. Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini sınırlanması sayılmaz.”* Bu değişiklikle birlikte artık yasama organı herhangi bir dilde yapılmış olan düşünce açıklamalarını çıkarmış olduğu yasalarla yasaklayamayacak; bu tür düşünce açıklamalarının söz konusu edildiği çeşitli araçlar ise toplattırılmayacaktır. Dolayısıyla Anayasa'nın 26'ncı maddesinin üçüncü fıkrasının yürürlükten kaldırılması, düşünce ve ifade özgürlüğünün, gerek bilgi edinme hakkı gerekse üretilen düşünceleri aktarma kapsamında olanaklarının artmasına ve temel hak ve özgürlüğün genişlemesine yardımcı olacak niteliktedir.⁴⁰⁴

Yine 2001 yılında Anayasa'nın 26'ncı maddesinde yapılan değişiklikle maddeye şu fıkra eklenmiştir: *“Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir.”* (4709 sk. m. 9). Anayasa'ya göre temel hak ve özgürlüklerin düzenlenmesinin zaten kanun konusu yapılması gerekir. Dolayısıyla Anayasaya eklenen bu fıkra hukuk devleti açısından önem arz etmemektedir.

2001 yılı Anayasa değişiklikleri ile basın özgürlüğünü düzenleyen Anayasa'nın 28'inci maddesi de değiştirilmiştir. Bu değişikliğe göre 28'inci maddenin 2'nci fıkrasında bulunan *“Kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dilde yayım yapılamaz.”* hükmü Anayasa'dan çıkartılmıştır (4709 sk. m. 10). Anayasa'da yapılan bu değişikliğin gereksiz ve yerinde

⁴⁰³ Erdem, s. 163.

⁴⁰⁴ Ancak belirtmek gerekir ki başka dillerde yapılacak olan düşünce açıklamalarına ilişkin yasakların kalkması, bireylerin özel yaşam alanları için geçerli olup, kamusal işlemlerde kullanılması gereken dil, Anayasa'nın üçüncü maddesi uyarınca Türkçe'dir. Benzer şekilde Fransız Anayasa Konseyi de bir kararında Fransızca'nın kamu hukuku tüzel kişileri tarafından kullanımın zorunlu olduğunu belirtmiş, yine Fransız Danıştay'ı kamu kurumlarına yönelik dilekçelerin Fransızca yazılacağını hükme bağlamıştır. Sezginer, s. 84.

olmayan bir değişiklik olduğu ifade edilmiştir. Buna göre 19 Ekim 1983 tarihli ve 2932 sayılı “*Türkçe’den Başka Dille Yapılacak Yayınlar Hakkında Kanun*” bazı dillerde yayım yapılmasını yasaklamıştı. Ancak bu kanun 12 Nisan 1991 tarih ve 3713 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştı. Dolayısıyla Anayasa’da bu değişiklik yapılmamış olsaydı da isteyen herkes dilediği dilde yayım yapabilecekti. Yani Anayasa bu konuda yasama organına sadece belli dillerde yayım yapılmasına ilişkin yasak getirebilme izni vermekte; ancak bir yasak koymamaktadır. Üstelik Anayasa’da bazı dillerde yayım yapılmasının yasaklanmasına ilişkin bir hükmün bulunması gerekli bile olabilir. Her devlet kendi dilini korumak ve başka dilleri teşvik etmemek gibi bir durumla karşı karşıyadır ve başka ülkelerde de bu tür hükümlerin görülmekte olduğu ifade edilmiştir.⁴⁰⁵ Buna karşılık başka dillerde yayım yapılamayacağına ilişkin yasağın Anayasa’dan çıkartılması gerek basın ve yayım özgürlüğü, gerekse bu özgürlükle bağlantılı diğer özgürlükleri –özellikle düşünce ve ifade özgürlüğünü- yasama organının kanunlarla yapacağı müdahalelerine kapatarak, hukuk devletinin özgürlükler düzeniyle uyumlu bir düzenleme getirmiştir.

1982 Anayasası’nda 2001 yılında yapılan değişikliklerle, Anayasa’nın kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle iletişim araçlarının kullanılmasını düzenleyen 31’inci maddesinin ikinci fıkrası şu şekilde değiştirilmiştir: “*Kanun, millî güvenlik, kamu düzeni, genel ahlâk ve sağlığın korunması sebepleri dışında, halkın bu araçlarla haber almasını, düşünce ve kanaatlere ulaşmasını ve kamuoyunun serbestçe oluşmasını engelleyici kayıtlar koyamaz.*” (4709 sk. m. 11). Bu değişikle 31’inci madde hükmüne özel sınırlama nedenleri girmiştir. Özel sınırlama nedenleri, 13’üncü maddedeki genel sınırlama nedenlerinin Anayasa’dan çıkartılmasına istinaden maddeye eklenmiştir. Genel sınırlama nedenlerine göre daha hafif olan bu özel sınırlama nedenleri, 31’inci maddede düzenlenen özgürlüğün sınırlarının genişlemesini sağlayabilecektir.

2001 yılı Anayasa değişiklikleri ile dernek kurma özgürlüğünü düzenleyen 33’üncü maddede de değişiklikler yapılmıştır. 4709 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce Anayasa’nın 33’üncü maddesinin ikinci fıkrası şu şekildeydi: *Dernek kurabilmek için kanunun gösterdiği bilgi ve belgelerin, kanunda belirtilen yetkili mercie verilmesi yeterlidir. Bu bilgi ve belgelerin kanuna aykırılığının tespiti halinde yetkili merci, derneğın faaliyetinin durdurulması veya kapatılması için mahkemeye başvurur.*” Anayasa değişikliğinden sonra ise 33’üncü maddede derneklerin kurulması hakkında önceki fıkranın aksine herhangi bir

⁴⁰⁵ Gözler, s. 23-24.

bildirim zorunluluğu getirilmemiştir. Buna göre “*Herkes, önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara üye olma ya da üyelikten çıkma hürriyetine sahiptir*”.(4709 sk. m. 12)

Anayasa'nın 33'üncü maddesinin ilk şekli, kanunun gösterdiği bilgi ve belgelerin kanunun belirttiği yerlere verilmesini öngörerek derneklerin kurulmasını bildirim sistemine bağlamıştı. Anayasa'nın 2001 yılında değiştirilen 33'üncü maddesinin birinci fıkrası ise derneklerin kurulmasını serbest kuruluş sistemine bağlamıştır. Bu sistemde kişi toplulukları dernek olma iradesini açıkladıkları anda tüzel kişilik kazanılır.⁴⁰⁶ Serbest kuruluş sistemi, dernek kurma ve dernek özgürlüğünü kullanma konusunda bireylere daha geniş bir serbesti alanı tanır.⁴⁰⁷ Bireyler herhangi bir bildirim zorunluluğu olmadan, dernek kurmaya ilişkin iradelerini açıklayarak dernek kurabilir ve dernekler hakkında Anayasa ve kanunlarda düzenlenen hak ve özgürlükleri kullanabilirler. Bu şekilde yasama organının dernek kurmak için bildirilmesi gerekli olan bilgi ve belgeleri bu özgürlüğün kullanılmasını güçleştirecek şekilde belirlemesinin de önüne geçilmiş olur. Derneklerin kurulmasını kolaylaştıran ve buna bağlı olarak derneklerle ilgili özgürlükleri genişleten bu değişiklik, hukuk devletine de uygun bir düzenleme olmuştur. Bu fıkra da yapılan değişiklikte maddeye giren derneklere üye olma ve üyelikten çıkmaya ilişkin hüküm ise, bu fıkranın norm alanını genişlettiği söylenemez. Zira derneklere üye olma ya da bu üyelikten çıkma dernek özgürlüğünün tanımında yer alan, en doğal bir haktır.

Ancak dernek kurma özgürlüğü için öngörülen bildirim sisteminin bu hakkı kullanma bakımından güvence niteliğinde olduğu ve bu sistemin Anayasa'dan çıkartılmasının bu hakkın kullanımını güçleştireceği görüşü dile getirilmiştir. Buna göre söz konusu değişiklikle yasama organına bu konuda geniş bir takdir yetkisi verilmiş; böylece yasama organının dernek kurmayı izne bile bağlaması mümkün olmuştur.⁴⁰⁸ Ancak bildirim sistemi yerine getirilen serbest kuruluş sistemi yasama organına bu denli bir geniş takdir yetkisi vermemektedir. Zira Anayasa'da geçen “*herkes önceden izin almaksızın dernek kurabilir*” ifadesinden, bu hakkın izne bağlanmasının mümkün olmadığı sonucu çıkmaktadır. Anayasa'ya göre ilgili kişiler bu konudaki iradelerini açıkladıkları anda dernek kurulmuş sayılır ve yetkili organların yapması gereken, kişilerin bu iradesini saptamaktan ibarettir. Eğer bu ilkeye aykırı olarak bu hakkın yasama organı tarafından sınırlanması söz konusu olursa;

⁴⁰⁶ Öztan, s. 305.

⁴⁰⁷ Özgürlüklerin kullanılmasının bir yöntemi olan serbestlik usulünün, diğer yöntemler olan izin ve bildirim usulüne göre daha özgürlükçü olduğu ifade edilmiştir. Gözler, 2010, s. 403. 2001 Anayasa değişiklikleriyle derneklerin kurulmasında bildirim usulünden serbest kuruluş usulüne geçilerek bu özgürlüğün kapsamı belli oranda genişletilmiştir.

⁴⁰⁸ Erdem, s. 164.

ilgili yasa Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesi ile iptal edilmelidir (AY m. 148/1).

2001 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri ile dernek kurma hürriyeti ile ilgili 33'üncü maddeye özel sınırlama nedenleri de eklenmiştir. Buna göre: “*Dernek kurma hürriyeti ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hürriyetlerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir.*”(4709 sk. m. 12) Özel sınırlama nedenlerinin Anayasa'dan çıkarılan genel sınırlama nedenlerinin (AY m. 13) yarattığı boşluğu doldurmak sebebiyle eklendiği ve özel sınırlama nedenlerinin genel sınırlama nedenlerine göre daha hafif olduğu söylenebilir. Dolayısıyla diğer hak ve özgürlükler hakkında yapılan açıklamalarda olduğu gibi, dernek özgürlüğünü genişleten bu değişiklik de hukuk devleti açısından olumlu bir değişikliktir.

Derneklerle ilgili Anayasanın 33'üncü maddesindeki “*Dernekler, kanunun öngördüğü hallerde hakim kararıyla kapatılabilir. Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli güvenliğin, milli egemenliğin, kamu düzeninin, başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması ve suçların önlenmesi bakımlarından gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, hakim kararına kadar kanunen yetkili kılınan merciin emriyle faaliyetten alıkonulabilir.*” fıkrası, “*Dernekler, kanunun öngördüğü hallerde hâkim kararıyla kapatılabilir veya faaliyetten alıkonulabilir. Ancak, millî güvenliğin, kamu düzeninin, suç işlenmesini veya suçun devamını önlemenin yahut yakalamanın gerektirdiği hallerde gecikmede sakınca varsa, kanunla bir merci, derneği faaliyetten men ile yetkilendirilebilir. Bu merciin kararı, yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, bu idarî karar kendiliğinden yürürlükten kalkar.*” şeklinde değiştirilmiştir. (4709 sk. m. 12).

Anayasa'nın 33'üncü maddesinde yapılan bu değişiklikle de derneklerin hakim kararıyla kapatılabilme nedenlerinin hem sayısı azaltılmakta hem de hafifletilmektedir. Yine eski düzenlemede dernekleri kapatmak için kanunen yetkili kılınan merciin kararını denetleyecek herhangi bir mekanizma öngörülmemişti. Yetkili merciin bu konudaki kararları, mahkemenin kararını açıklamasına kadar sürebiliyor ve bu kararlar için denetim öngörülmeyle keyfiliğe açık bir durum yaratılıyordu. Anayasa'nın değişik 33'üncü maddesi ise, yetkili merciin kararlarını hakim denetimine açarak (yetkili merciin kararları 24 saat içinde görevli hakim onayına sunulur ve hakim kararını 48 saat içinde açıklar) eskisine göre daha güvenceli ve keyfiliğe kapalı bir sistem yaratmıştır. Dernek özgürlüğünü genişleten ve daha güvenceli hale getiren bu değişiklik de hukuk devleti ilkesi için daha ileri bir düzenlemedir.

1982 Anayasası'nda 2001 yılında yapılan değişikliklerle toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını düzenleyen 34'üncü maddede değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerle “*Şehir düzeninin bozulmasını önlemek amacıyla yetkili idarî merci, gösteri yürüyüşünün yapılacağı yer ve güzergâhı tespit edebilir.*” şeklindeki hüküm Anayasa metninden çıkartılmıştır. (4709 sk. m. 13). Anayasa'nın 34'üncü maddesinden bu hükmün çıkarılması ile toplantı ve gösteri yürüyüşleri hakkında Anayasa'da yer alan bir sınırlama kalkmış ve ilgili özgürlüğün sınırları Anayasal anlamda genişlemiştir. Ancak toplantı ve gösteri yürüyüşleri hakkının kullanılmasının şekil, şart ve usulleri kanunla gösterilir hükmü (AY m. 34/3) karşısında, bu veya buna benzer bir hükmün yasa konusu yapılması mümkündür. Bu nedenle bu değişikliğin toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını mutlak olarak genişlettiği söylenemez. Kuşkusuz yasalarla getirilen bu sınırlamaların, Anayasa'nın 13'üncü maddesindeki hak ve özgürlüklerin sınırlanmasındaki ölçütlere de uygun olması gerekir.

Yine aynı maddede 2001 yılında yapılan değişiklikle dördüncü fıkra yürürlükten kaldırılmıştır. Söz konusu dördüncü fıkra şu şekildedir: “*Kanunun gösterdiği yetkili merci, kamu düzenini ciddi şekilde bozacak olayların çıkması veya milli güvenlik gereklerinin ihlâl edilmesi veya Cumhuriyetin ana niteliklerini yok etme amacını güden fiillerin işlenmesinin kuvvetle muhtemel bulunması halinde belirli bir toplantı ve gösteri yürüyüşünü yasaklayabilir veya iki ayı aşmamak üzere erteleyebilir. Kanun, aynı sebeplere dayalı olarak bir il'e bağlı ilçelerde bütün toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yasaklanmasını öngördüğü hallerde bu süre üç ayı geçemez.*” (4709 sk. m. 13).

Anayasa'nın 34'üncü maddesinin dördüncü fıkrası, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının Anayasa tarafından bizzat sınırlandığı, hakkın norm alanının daraltıldığı ve hakkın asli içeriğine müdahale edildiği anayasal bir sınırlama niteliğindedir. Bu sınırlar Anayasa'da belirtilen ve hak ve özgürlüğün nesnel sınırlarının dışında kalan sınırlamalardır.⁴⁰⁹ Bunlar yasama organının hak ve özgürlükleri sınırlamasından da farklıdır. Bu sınırlamalar Anayasa'da yer alan somut sınırlamalardır ve uygulanması için yasaya gerek yoktur. Yasama organının bunları uygulama konusunda takdir hakkı da söz konusu değildir.⁴¹⁰ 1982 Anayasası'nın birçok maddesinde yer alan bu sınırlamalar bazı hak ve özgürlüklerin norm alanını aşırı daraltmış, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve hatta temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmuştur.⁴¹¹ Bu tür Anayasal sınırlamalardan birisi olan

⁴⁰⁹ Sancar, s. 143, Gözler, 2010, s. 408.

⁴¹⁰ Sancar, s. 144.

⁴¹¹ Sancar, s. 145.

Anayasa'nın 34'üncü maddesinin dördüncü fıkrasının ilga edilmesi, ilgili özgürlüğün kapsamını genişleten ve hukuk devletini ileri taşıyan bir değişikliktir.

Yine Anayasa'nın 34'üncü maddesine eklenen bir fıkıyla, özel sınırlama nedenleri maddeye girmiştir. Maddeye eklenen fıkra şu şekildedir: “*Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla sınırlanabilir.*” (4709 sk. m. 13). Bu özel sınırlama nedenlerine dayanılarak, artık toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı yasalarla sınırlanabilecektir. 34'üncü maddeye eklenen özel sınırlama nedenleri, Anayasa'dan çıkarılan genel sınırlama nedenlerine (AY m. 13) göre daha hafiftir. Bu nedenle toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının sınırlama nedenleri hafifletilmiş, eskisine nazaran hukuk devletine daha uygun bir düzenleme kabul edilmiştir.

Anayasa'nın 34'üncü maddesinin son fıkrası da 2001 Anayasa değişiklikleri ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu fıkra: “*Dernekler, vakıflar, sendikalar ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları kendi konu ve amaçları dışında toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleyemezler.*” şeklindedir. Kişi veya mal topluluklarının tüzel kişilik kazanabilmesi, kendini meydana getiren veya kendinden istifade edecek kimseler için bir menfaatin (amacın) bulunmasına bağlıdır. Bu amaçlar kazanç paylaşmadan, manevi nitelikte olanlara kadar çok geniş bir yelpazede yer alırlar.⁴¹² Ayrıca bu örgütlerin menfaat grupları olarak, amaçlarını gerçekleştirmek için iktidardan ve diğer gruplardan siyasi veya siyaset dışı taleplerde bulunmaları⁴¹³ ve amaçlarını gerçekleştirmek için toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme haklarını kullanmaları son derece normaldir. Anayasa'nın yürürlükten kaldırılan 34/son fıkrası ise birer menfaat grubu olan bu tür örgütlerin toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını, muğlak ve belirsiz kavramlar olan amaç ve konu kavramlarıyla sınırlamaya tabi tutmuştu. Dolayısıyla bu fıkra yukarıda adı geçen örgütlerin toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüklerine kamu makamlarınca aşırı müdahaleler getirilmesine imkan tanıyordu. Bu nedenle 34'üncü maddenin son fıkrasını kaldırılması, dernek, vakıf, sendika ve kamu kurumu niteliğindeki örgütlerin toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına yönelik aşırı ve keyfi müdahalelerin önüne geçebileceği için hukuk devletinin özgürlüklerin güvence altında olması gereğine uygundur.

2001 yılında yapılan değişikliklerle, Anayasa'nın 36'ncı maddesinin birinci fıkrasına “*savunma*” ibaresinden sonra gelmek üzere “*ile adil yargılanma*” ibaresi eklenmiş ve adil yargılanma hakkı Anayasal bir nitelik kazanmıştır. (4709 sk. m. 14). Adil yargılanma hakkı

⁴¹² Öztan, s. 299.

⁴¹³ Aksoy, s. 16-17.

esasını silahların eşitliği, dürüst işlem ve hukuki dinlenilme hakkının oluşturduğu⁴¹⁴ ve hukuk devletinin gereği olan bir ceza hukuku ilkesidir.⁴¹⁵ Ancak Anayasa'nın 36/1 fıkrasında geçen “Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir.” ibaresinin adil yargılanma hakkını zaten içerdiği; bu nedenle Anayasa'ya eklenen adil yargılanma hakkı ibaresinin gereksiz olduğu ifade edilmiştir.⁴¹⁶ Ayrıca Anayasa'nın 2'nci maddesinde devletin nitelikleri olarak hukuk devleti ilkesi sayıldıktan sonra, hukuk devletinin bir gereği olarak adil yargılanma hakkının Anayasa'da zaten mevcut olduğunu söylemek de yanlış olmaz. Buna karşılık adil yargılanma hakkının Anayasa'da kavramsal olarak bulunmasının dahi, bu hakkın önemini vurgulaması açısından önem taşıdığı söylenebilir.

Anayasa'nın suç ve cezalara ilişkin esasların düzenlendiği 38'inci maddesine 2001 yılında aşağıdaki hükümler eklenmiştir: “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez. (altıncı fıkra) Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz. (sekizinci fıkra)” (4709 sk. m. 15). Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilmeyeceği hükmü, hukuk devleti esaslarına uygun bir ceza yargılamasında delil elde edilmesi ve değerlendirilmesi işlemlerine getirilen sınırlamaları ifade eder. Buna göre bir hukuk devletinde bütün delillerin hukuka uygun bir şekilde elde edilmesi ve değerlendirilmesi gerekir.⁴¹⁷ Aynı şekilde hiç kimsenin yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulmaması da bireylerin ekonomik özgürlüğüyle ilgili güvence niteliğinde bir hükümdür.⁴¹⁸ Bu hüküm ayrıca suç ve cezaların ancak kanunla konulacağı; yürütme ve idare kararları ve örf ve adet kurallarıyla suç ve ceza oluşturulamayacağı şeklindeki suçta ve cezada kanunilik ilkesinin⁴¹⁹ sonucudur. Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin gereği olarak bütün suç ve cezalar kanunlarda öngörülmeli, bunun dışında sözleşmelere aykırılık suç ve ceza tehdidi altında olmamalıdır. Eğer sözleşmeden doğan bir borçtan dolayı, hürriyetten alıkoyucu bir ceza uygulanmak istenirse de, bunun ceza kanunlarda açıkça düzenlenmesi gerekir. Anayasa'nın 38'inci maddesine eklenen fıkralar, suç ve cezalara ilişkin konularda bireylere güvence getiren ve hukuk devletini güçlendiren değişikliklerdir.

1982 Anayasası'nın 40'inci maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklikle ise şu hüküm

⁴¹⁴ Özbek, 2006 (a), s. 67.

⁴¹⁵ Raz, s. 156.

⁴¹⁶ Gözler, 2001, s. 30.

⁴¹⁷ Özbek, 2006 (a), s. 670.

⁴¹⁸ Kaboğlu, 2010, s. 96.

⁴¹⁹ Öztürk, Bahri; Erdem, Mustafa, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Y., Ankara 2008, s. 193.

ikinci fıkra olarak maddeye eklenmiştir: “Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.” (4709 sk. m. 16). Anayasa’nın 40’ncü maddesine eklenen bu fıkra devlet için olumlu bir yükümlülük getiren ve temel hak ve özgürlüklerin korunması kuralını pekiştiren bir düzenlemeyi gerekli kılmaktadır.⁴²⁰ Anayasa’nın 40’ncü maddesine eklenen bu fıkrayla hukuk devletinin gereği olarak vatandaşların hak arama yollarından olan dava hakkı ile (AY m. 36/1), resmi makamlara başvuru hakkının (dilekçe hakkı AY m. 74/1 ve idari başvuru)⁴²¹ daha etkin bir şekilde kullanımı da gerçekleştirilebilir. Örneğin vatandaşlar dava ya da idari mercilere başvuru haklarını, hangi makama ne kadar süre içinde yapacaklarını bilecekler ve hak kaybı yaşama ihtimalleri azalacaktır. Temel hak ve özgürlüklerin daha etkin korunmasını sağlayabilecek olan bu değişiklik hukuk devleti açısından olumlu bir düzenlemedir.

1982 Anayasası’nın ailenin korunması ve çocuk haklarını düzenleyen 41’inci maddesinin birinci fıkrasında 2001 yılında yapılan değişiklikle “ve eşler arasında eşitliğe dayanır.” ibaresi eklenmiş ve böylece ailenin eşler arası eşitliğe dayandığı Anayasa’da açıkça belirtilmiştir (4709 sk. m. 17). Ancak maddeye eklenen bu ibarenin yeni bir hüküm getirmediği, Anayasa’nın 10’uncü maddesinin zaten eşitlik ilkesini öngördüğü (bu arada cinsiyet eşitliğini de) ve ayrıca Anayasa’da bu eşitliği kaldıran başkaca bir hüküm olmadığı sebebiyle bu değişikliğin gerekli olmadığı ileri sürülmüştür.⁴²² Buna karşılık Anayasa’nın 10’uncü maddesinde ayrıca düzenlenen ve hukuk devletinin hem bir ilkesi hem de pratik gereği olan eşitlik ilkesine⁴²³ aykırı olarak, eski Türk Medeni Kanunu’nda aile reisinin koca olduğu şeklinde hüküm yer almıştı. Dolayısıyla Anayasa’nın 40’ncü maddesine ailenin eşler arasında eşitliğe dayanır ibaresinin açık bir düzenleme ile belirtilmesi, kanunlarla bu tür eşitliğe aykırı hükümler getirilmesinde, Anayasa’nın 10’uncü maddesi ve hukuk devleti ilkesinden daha etkili olabilir.

2001 yılında yapılan değişikliklerle Anayasa’nın kamulaştırma başlıklı 46’ncü maddesi yeniden kaleme alınmıştır. Ancak yeni maddenin anlam olarak büyük oranda eski maddeyi tekrar ettiği ileri sürülmüştür. Maddenin yeni metninde, eski metinden farklı olarak kamulaştırma bedelinin hesaplanmasında gerçek karşılık esası benimsenmiştir. Eski madde ise bu konuda birçok kriterin dikkate alınmasını öngörmekteydi. Diğer bir fark da taksitlendirmede kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz haddinin getirilmiş olmasıdır.

⁴²⁰ Kaboğlu, 2010, s. 92.

⁴²¹ Erdoğan, 1999, s. 96-97.

⁴²² Gözler, 2001, s. 33.

⁴²³ Erdoğan, 1999, s. 92.

Eski maddeye göre ise devlet borçları için öngörülen en yüksek faiz haddi geçerliydi.⁴²⁴ Özel mülkiyete konu olan herhangi bir taşınmazın, mal sahiplerinin rızası olmaksızın idare tarafından yapılan işlemlerle kamu mülkiyetine geçirilmesi işlemi olan kamulaştırma⁴²⁵ hukuk devletinin zorunlu gerekleri arasında değildir. Dolayısıyla Anayasa'nın 46'ncı maddesinde yapılan değişiklik hukuk devleti ile doğrudan ilgili değildir. Ancak kamulaştırma bedelinin tespitinin taşınmazın gerçek karşılığı üzerinden yapılması, bireylerin mülkiyet hakkının (AY m. 35) zedelenmemesi anlamında hukuk devleti ilkesiyle daha uyumlu bir düzenlemedir.

2001 yılında 1982 Anayasası'nın 49'uncu maddesinin ikinci fıkrası değiştirilmiştir. Anayasa'nın 49'uncu maddesinde yapılan değişiklikle maddeye anlam olarak girmiş olan tek yeniliğin, “*işsizleri korumak*” ifadesi olduğu ileri sürülmüştür. Ancak maddenin eski şeklinde de devlete işsizlikle mücadele etme görevi yüklendiği için, bu değişikliğin maddenin anlamında herhangi bir yenilik getirmediği söylenmiştir.⁴²⁶ Yine bu maddenin “*Devlet, işçi-işveren ilişkilerinde çalışma barışının sağlanmasını kolaylaştırıcı ve koruyucu tedbirler alır.*” şeklindeki üçüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmış; buna benzer nitelikte bir hüküm maddenin ikinci fıkrasına eklenmiştir (4709 sk. m. 19). Anayasa'nın 49'uncu maddesinin eski ve yeni şeklinde anlam bakımından tek farklılık gerçekten “*işsizleri korumak*” ifadesidir. Sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak işsizleri korumak ve bu işsizlere yönelik iş imkanı sağlamak devletin her halde görevidir. Dolayısıyla Anayasa'nın 49'uncu maddesinde yapılan değişikliğin sosyal, ekonomik haklar ve bunlarla bağlantılı olarak hukuk devleti alanında getirmiş olduğu önemli bir yenilik olmadığını söylemek yanlış olmaz.

2001 Anayasa değişiklikleri ile Anayasa'nın sendika kurma hakkını düzenleyen 51/1 fıkrası değiştirilmiştir. Buna göre 51'inci maddenin “*İşçiler ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma hakkına sahiptirler.*” şeklinde olan birinci fıkrası, “*Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.*” şeklinde tekrar kaleme alınmıştır (4709 sk. m. 20).

Anayasa'nın 51'inci maddesinde 2001 yılında yapılan değişikliklerden hukuk devleti için

⁴²⁴ Gözler, 2001, s. 34.

⁴²⁵ Derdiman, s. 107.

⁴²⁶ Gözler, 2001, s. 35.

önem taşıyanı, maddeden “işçiler” ibaresinin çıkarılarak “çalışanlar” ibaresinin getirilmesi olmuştur. 51’inci maddede yapılan bu değişiklikle sendika kurma hakkı işçiler dışında bütün çalışan kesimler için –kamu görevlileri ve memurlar gibi- Anayasal anlamda tanınmış oluyordu. Bundan başka maddeye giren sendikalara üye olma ve üyelikten çekilme ya da sendikalara üye olmaya veya üyelikten ayrılmaya zorlanamama gibi hükümler, sendikal hakların tanımında ve doğasında yer alan, Anayasa’da düzenlenmese bile kullanılabilir haklardır. Hatta bu esaslara aykırı bir yasa çıkması durumunda, ilgili yasanın Anayasa Mahkemesi tarafından hakkın ve özgürlüğün özü ölçütüne (AY m. 13) aykırı olduğu gerekçesi ile iptali söz konusu olmalıdır (AY m. 148/1). Ancak 4121 sayılı Kanunla Anayasa’da yapılan değişiklikle (1995 yılında) işçiler dışında çalışan kesimlere sendika kurma hakkı tanındığı ve bu sendikaların toplu görüşme ve mahkemeye başvuru hakları olduğu düşünülürse, bu değişikliğin hukuk devletini çok da ileri taşımadığı görülebilir.

Ayrıca 51’inci maddede 2001 yılında yapılan bir diğer değişiklikle sendika ve üst kuruluşlar kurmak için gerekli bilgi ve belgelerin yetkili mercie verilmesi ve bu bilgi ve belgelerdeki eksiklikten dolayı sendikaların hakim kararıyla kapatılması şeklindeki ikinci fıkra hükmü Anayasa’dan çıkarılmıştır (4709 sk. m. 20). Böylelikle Anayasa’da 51’inci maddenin ilk şeklinde sendikaların kurulması konusunda benimsenmiş olan bildirim sisteminden serbest kuruluş sistemine geçilmiştir. Bildirim sisteminden serbest kuruluş sistemine geçiş konusunda dernekler hakkında yapılan açıklamalar, sendikalar için de geçerlidir. Dolayısıyla işçiler ve kamu görevlileri için sendikalar kurabilme ve sendikal hak ve özgürlükleri kullanabilmeleri kolaylaşmış, sendikal özgürlüklerin alanı genişlemiştir. Bu nedenle 51’inci maddeden ikinci fıkranın çıkarılması hukuk devletinin özgürlüklerin tanınması ve güvence altında olması gereğiyle uyumlu bir değişiklik olmuştur.

Bu tarihte yapılan değişikliklerle sendika kurma hakkına eklenen ikinci fıkra ile özel sınırlama nedenleri madde metnine girmiştir. Söz konusu özel sınırlama nedenleri şunlardır: “Sendika kurma hakkı ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir”(4709 sk. m. 20). Anayasa’dan çıkartılan genel sınırlama nedenleri yerine maddeye eklenen bu özel sınırlama nedenleri, genel sınırlama nedenlerine göre daha hafif olması nedeniyle sendika kurma hakkının önceki düzenlemeye göre genişlediği ve hukuk devleti açısından olumlu bir değişikliğin daha gerçekleştiği söylenebilir.

Yine maddeye eklenen beşinci fıkrayla, işçiler dışındaki kamu görevlilerinin kuracağı sendikalar hakkında “İşçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin bu alandaki haklarının

kapsam, istisna ve sınırları gördükleri hizmetin niteliğine uygun olarak kanunla düzenlenir.” hükmü getirilmiştir (4709 sk. m. 20). Bu fıkayla işçiler dışındaki kamu görevlileri için sendikal özgürlüklerin düzenlenmesi tamamen yasama organının çıkaracağı yasalara bırakılmıştır. Böylece memurlar ve sözleşmeli personel gibi işçiler dışındaki kamu çalışanlarının grev ya da toplu sözleşme gibi sendikal haklarının tanınması tamamen yasama organının yetki sınırları içinde bırakılmıştır.⁴²⁷ Toplu sözleşme ve grev hakkının tanınmadığı bir sendika özgürlüğünün gerçek işlevini yapmakta etkisiz kalacağı daha önce ifade edilmişti. Bu tür bir sendika hakkı Anayasa ve yasalarda düzenlenen ve kağıt üstünde kalan bir hak niteliğinin ötesine geçemeyecektir. Bu nedenle sendikal haklara ilişkin hak ve yükümlülüklerin, -özellikle grev ve toplu sözleşme gibi konuların- Anayasa’da ayrıntılarıyla düzenlenmesi, işçiler dışındaki çalışan kamu görevlilerinin sendika kurma hakkını etkin bir şekilde kullanımı ve hukuk devleti açısından uygun olurdu.

Anayasa’nın 51’inci maddesinde yapılan bir diğer değişiklikle, bu maddeden *“Herhangi bir iş yerinde çalışabilmek, işçi sendikasına üye olmak veya olmamak şartına bağlanamaz.”* fıkrası çıkarılmıştır (4709 sk. m. 20). Bu fıkranın 51’inci maddeden çıkartılmasının çok sakıncalı sonuçlar doğurabileceği ifade edilmiştir.⁴²⁸ Ancak bu fıkranın Anayasa metninden çıkartılması kanımca olumsuz bir sonuç yaratmayacaktır. Sendika özgürlüğünde kişi sendika ve birlikler kurma, bunlara üye olma ve bu birliklerden çıkma hürriyetine doğal olarak sahiptir.⁴²⁹ Kişilerin sendika özgürlüğünün kapsamı içerisinde yer alan bu haklarına aykırı olarak, işyerinde çalışmayı bir sendikaya üye olmaya ya da olmamaya bağlı tutan bir yasa, çalışma hakkının ve sendika kurma hakkının özüne dokunacağı gibi, demokratik bir toplum düzeninin gerekleriyle de uyumlu olmayacaktır. Dolayısıyla ilgili yasa hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından iptali çok büyük bir olasılık olacaktır. Bu nedenle 51’inci maddeden çıkartılan fıkra hukuk devleti için çok önemli bir eksiklik olarak görülmemelidir.

Yine 2001 değişiklikleriyle maddeden çıkartılan *“İşçi sendikası ve üst kuruluşlarında yönetici olabilmek için, en az on yıl bilfiil işçi olarak çalışmış olma şartı aranır.”* (4709 sk. m. 20) hükmü ise, bu hakkın norm alanını doğrudan daraltan, hakkın asli alanına müdahale eden ve demokratik bir toplumun gereklerine aykırı olan anayasal bir sınırın yürürlüğünün

⁴²⁷ Ancak asli ve sürekli kamu hizmetlerini yürüten kesimler (AY m. 128/1) dışındaki kamuda çalışanlar için 1995 yılında Anayasa’nın 53’üncü maddesi kapsamında yapılan değişikliklerle toplu sözleşme ve grev haklarının dolaylı olarak tanınmış olduğu görüşü ifade edilmişti. Bu görüş doğrultusunda Anayasa’nın 51’inci maddesinde 2001 yılında yapılan değişikliğin asli ve sürekli kamu hizmetlerini yürütmeyen kamu çalışanları için de sendikal hakların kanunla düzenleneceği belirtilerek, bu tür haklar konusunda bir geri gidiş yarattığı sonucu çıkarılabilir.

⁴²⁸ Gözler, 2001, s. 36.

⁴²⁹ Akartürk, s. 16.

sona erdirilmesi nedeniyle, hukuk devleti açısından yerinde bir değişikliktir.⁴³⁰ Anayasa'nın 51'inci maddesine eklenen “*Sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir.*” (4709 sk. m. 20) hükmü ise hukuk devletiyle ilgili değildir.

2001 değişiklikleri ile Anayasa'nın 55'inci maddesinin son fıkrası şöyle değiştirilmiştir: “*Asgarî ücretin tespitinde çalışanların geçim şartları ile ülkenin ekonomik durumu da göz önünde bulundurulur.*” Böylece eski hükümde yer alan “*ülkenin sosyal durumu*” ibaresi Anayasa'dan çıkartılmış ve yerine “*çalışanların geçim şartları*” ibaresi maddeye girmiştir.⁴³¹ Asgari ücret işçilere normal bir çalışma günü karşılığı olarak ödenen ve işçinin gıda, konut, giyim, sağlık, ulaşım ve kültür gibi zorunlu ihtiyaçlarını günün fiyatları üzerinden asgari düzeyde karşılamaya yetecek ücret⁴³² şeklinde tanımlanabilir. Asgari ücret daha çok, vatandaşlara belirli (asgari) bir yaşam düzeyi ve adaletli bir ücret sağlamayı amaç edinen sosyal devlet ilkesiyle ilgili sosyal ve ekonomik haklardandır.⁴³³ Sözleşme özgürlüğüne, sosyal amaçlarla getirilmiş bir sınırlama olan asgari ücret uygulaması, kimsenin bu ücretten daha az bir ücretle çalışmamasını gerektirir. 2001 Anayasa değişiklikleri ile maddeden çıkarılan “*ülkenin sosyal ve ekonomik durumu*” ölçütünün, çalışanların ekonomik durumunu dikkate almayan, gayri adil bir ücret belirlenmesine açık bir hüküm olduğu; buna karşılık “*çalışanların geçim şartları*” ibaresinin ise daha belirli, açık, somut ve eski düzenlemeye göre çalışanların lehine olan bir düzenleme olduğu ifade edilmiştir.⁴³⁴ Çalışanların lehine olarak onların sosyal ve ekonomik haklarının genişlemesini sağlayabilecek bu değişikliğin hukuk devleti için olumlu olduğu söylenebilir.

1982 Anayasası'nda 2001 yılında yapılan değişiklikle, Anayasa'nın “*sosyal ve ekonomik hakların sınırı*” kenar başlıklı 65'inci maddesi, “*Devletin iktisadî ve sosyal ödevlerinin sınırları*” şeklinde değiştirilmiştir. Yine aynı madde “*Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.*” şeklinde yeniden kaleme alınmıştır. Anayasa'nın 65'inci maddesinde yapılan bu değişiklikle eski hükümde yer alan “*ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek*” ölçütü yerine “*bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek*” ölçütü getirilmiştir.⁴³⁵

⁴³⁰ Sancar, s. 145.

⁴³¹ Gözler, 2001, s. 36.

⁴³² Süzek, Sarper, *İş Hukuku*, Beta Y., İstanbul 2002, s. 303.

⁴³³ Özbudun, s. 128.

⁴³⁴ Algan, Bülent, *Sosyal Ekonomik ve Kültürel Hakların Korunması*, Seçkin Y., Ankara 2007, s. 263-264.

⁴³⁵ Gözler, 2001, s. 37.

Bu değişikliklerle Anayasa'dan çıkartılan ve sosyal hakların sınırlanmasında bir ölçüt olan “*ekonomik istikrarın korunması*” kriterinin belirsiz ve muğlak bir kavram olduğu; buna karşılık maddeye eklenen “*bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözetmek*” ibaresinin ise daha isabetli bir ölçüt olduğu, devlete sosyal devletin önceliklerini gözetmede daha açık ve kesin ödevler yüklediği ifade edilmiştir. Örneğin bu ölçüte göre artık devlet ihtiyaç içinde olanlara sağlık, eğitim ve sosyal güvenlik olanakları sağlamadan, kamu görevlilerinin yararlanmaları için dinlenme tesisleri yapamayacaktır.⁴³⁶ Anayasa'nın 65'inci maddesinde yapılan bu ifade değişikliği ile sosyal hakların gerçekleştirilmesinde daha açık ve üst bir seviye belirlenerek, sosyal hakların genişlemesi sağlanabilecektir. Böylelikle sosyal haklar vasıtasıyla, bireylere makul ve tatmin edici bir yaşam düzeyi ve bireyin sosyal ve ekonomik özgürlüğü için bir temel sağlanmış olacaktır.⁴³⁷ Bireysel temel hak ve özgürlükleri gerçek yaşama aktarılmasına yardımcı olan sosyal hakları genişletmesi nedeniyle, Anayasa'da yapılan bu değişikliği hukuk devleti açısından olumlu bir değişiklik olarak görmek gerekir.

2001 değişiklikleri ile 1982 Anayasasının 66'ncı maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi madde metninden çıkarılmıştır. Bu hükme göre “*Yabancı babadan ve Türk anadan olan çocuğun vatandaşlığı kanunla düzenlenir.*” (4709 sk. m. 23). Böylece yasama organına Anayasa ile verilen ve Türk babadan olma ile Türk Anadan olma arasında vatandaşlık bakımından eşitliğe aykırı olarak farklı düzenlemeler yapabilme yetkisi kaldırılmıştır. Yasama organının, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan eşitlik ilkesine aykırı davranma konusundaki takdir hakkını kaldıran bu değişiklik hukuk devleti için olumlu bir değişiklikdir.

Yine 2001 yılında yapılan değişikliklerle Anayasası'nın seçme seçilme ve siyasi faaliyetlerde bulunma hakkını düzenleyen 67'nci maddesinin beşinci fıkrasına “*askerî öğrenciler*” ibaresinden sonra gelmek üzere “*taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç*” ibaresi eklenmiş ve “*bulunan tutukluların seçme haklarını kullanmalarında*” ibaresi “*oy kullanılması ve*” şeklinde değiştirilmiştir. (4709 sk. m. 24). Bu değişiklikten sonra taksirli suçlardan hüküm giyenler de artık oy kullanabilecektir (AY m. 67/5). Oy kullanma hakkının (AY m. 67/1) taksirli suçlardan hüküm giyenler için de genişletilmesi, bu hakkın daha çok sayıda vatandaş tarafından kullanılmasını sağlayacağı için hukuk devleti açısından olumlu bir değişiklik olarak nitelenebilir. Ayrıca 67'nci maddeye şu son fıkra hükmü eklenmiştir: “*Seçim kanunlarında yapılan değişiklikler, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmaz.*” Bu değişiklikle iktidarların seçim kanunlarında

⁴³⁶ Algan, s. 281.

⁴³⁷ Algan, s. 29.

oyunamaları nispi olarak güçleştirilmiş⁴³⁸; ancak bu konuda yine de başarılı olunamamıştır. Anayasa'nın son fıkrasına eklenen bu fıkra ise hukuk devletiyle doğrudan ilgili değildir.

2001 Anayasa değişiklikleri ile siyasi partilerin uyacağı esasları düzenleyen Anayasa'nın 69'uncu maddesinin altıncı fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiştir. *“Bir siyasî parti, bu nitelikteki fiiller o partinin üyelerince yoğun bir şekilde işlendiği ve bu durum o partinin büyük kongre veya genel başkan veya merkez karar veya yönetim organları veya Türkiye Büyük Millet Meclisindeki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulunca zımnen veya açıkça benimsendiği yahut bu fiiller doğrudan doğruya anılan parti organlarınca kararlılık içinde işlendiği takdirde, söz konusu fiillerin odağı haline gelmiş sayılır.”*(4709 sk. m. 25).

Anayasa'nın 69'uncu maddesinin altıncı fıkrasına eklenen bu cümle ile siyasi partilerin kapatılmasında ölçüt olarak kullanılan *“odak olma”* kavramına ilişkin Anayasa'da bir tanım yapılmış ve bu kavrama ilişkin açık, somut ve belirli ölçütler getirilmiştir. Böylece Anayasa Mahkemesi'nin 68'inci maddenin dördüncü fıkrasına aykırılık sonucu oluşacak odak olma kavramını belirlemekteki takdir hakkı sınırlandırılarak, parti kapatma belli ölçüde zorlaştırılmıştır.⁴³⁹ Bu şekilde değiştirilen Anayasa'nın 69'uncu maddesinde odak olma kavramı iki aşamada ele alınmıştır. İlk aşamada partili üyelerle üst kademe parti organ ya da mercileri arasında bir ayırım yapılmış ve odaklaşma için üyelerin siyasal partiler için öngörülmuş olan yasak fiilleri yoğun bir biçimde işlemesi ve bunun partinin üst kademe organlarınca zımnen ya da açıkça benimsenmesi aranmıştır. İkinci aşamada ise bu fiillerin doğrudan doğruya üst kademe organlarınca işlenmesi yeterli bulunmuştur.⁴⁴⁰

Anayasa'nın 69'uncu maddesinde bu değişiklik yapılmadan önce Anayasa Mahkemesi'nin parti kapatma davalarındaki kararlarının hukukilik ölçütünden belli oranda ayrılarak politik ölçütlere dayandığı, Anayasa Mahkemesi'nin siyasi partiler için güvence özelliğini yerine getiremediği ve siyasi partilerin temel hak ve özgürlüklerini koruyamadığı gibi görüşler ileri sürülmüştür.⁴⁴¹ 2001 yılında 69'uncu maddede yapılan değişiklikler bu eleştiriler doğrultusunda Anayasa Mahkemesi'nin parti kapatma davalarındaki yetkilerini sınırlamak amacıyla yapılmıştır. Böylelikle Anayasa Mahkemesi'nin parti kapatmalarındaki yetkileri sınırlandırılarak siyasi partilerin hak ve özgürlükleri ile bu özgürlüklere bağlı diğer özgürlükler de genişleyebilecektir. Örneğin genel ve eşit oy hakkı büyük oranda siyasi partiler

⁴³⁸ Erdem, s. 165.

⁴³⁹ Gözler, 2001, s. 40

⁴⁴⁰ Erdem, s. 166.

⁴⁴¹ Kaboğlu, 1994, s. 110.

aracılığıyla gerçekleştirilmektedir.⁴⁴² Yine siyasal partiler düşünce ve ifade özgürlüğü ile örgütlenme özgürlükleri ile de yakından ilgilidir.⁴⁴³ Anayasa'nın 67'nci maddesinin altıncı fıkrasında yapılan bu değişiklikle siyasal partilerle doğrudan ya da dolaylı olarak ilgili olan bu hak ve özgürlükler de hukuk devletiyle birlikte gelişecektir.⁴⁴⁴ Bu değişikliğin hukuk devleti açısından en büyük önemini ise, Ceza Hukuku'nda temel ilke olan “suçların tipikliği”nin hayata geçirilmesinde ortaya çıktığının vurgulanması gerekir.

2001 Anayasa değişikliği ile Anayasa'nın 69'uncu maddesine şu fıkra hükmü eklenmiştir. “Anayasa Mahkemesi, yukarıdaki fıkralara göre temelli kapatma yerine, dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasî partinin Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına karar verebilir.” (4709 sk. m. 25). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin parti kapatma davalarında vermiş olduğu kararlara göre siyasal partilere ilişkin olarak uygulanan yaptırımların, bu yaptırımların amacının zorunlu ve gerekli kılındığından fazla olmaması gerekir. Yani amaçla sınırlama arasında orantı olmalı, sınırlamalar ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır.⁴⁴⁵ Bu nedenle parti kapatmalarında Anayasa Mahkemesi'ne fiilin ağırlığına göre yaptırım uygulama yetkisi veren 69'uncu maddede yapılan bu değişiklik, AİHM kararlarına ve hukuk devletinin gereği olan ölçülülük ilkesine uygundur. Yine 2001 Anayasa değişiklikleri ile Anayasa'nın 69'uncu maddesine eklenen “Siyasî partilerin kuruluş ve çalışmaları, denetlenmeleri, kapatılmaları ya da Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmaları ile siyasî partilerin ve adayların seçim harcamaları ve usulleri yukarıdaki esaslar çerçevesinde kanunla düzenlenir.”(4709 sk. m. 25) fıkrası ise hukuk devletiyle doğrudan ilgili bir değişiklik değildir.

1982 Anayasası'nın 74'üncü maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklikle, bu maddenin birinci fıkrasına “Vatandaşlar” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar”; ikinci fıkrasına, “sonucu” ibaresinden sonra gelmek üzere “gecikmeksizin” ibaresi eklenmiştir (4709 sk. m. 26). Böylece Türkiye'de ikamet eden yabancılar için karşılıklılık esası gözetilerek TBMM'ye yazı ile başvuru olanağı (dilekçe hakkı) getirilmiştir. Resmi makamlara başvuru hakkının birisini oluşturan dilekçe hakkı, yasama organına yazı ile başvuruda bulunabilmeyi ve cevap talep

⁴⁴² Turhan, *Hukuk Felsefesi Sosyolojisi Arkivi*, İstanbul Barosu Y., İstanbul 2007, s. 79-80.

⁴⁴³ Turhan, 2007, s. 81-82. Bu düzenleme Avrupa Konseyi bünyesinde oluşturulan ve ortak bir demokrasi standardı yaratmayı amaçlayan Venedik Komisyonu önerileri ile de uyum sağlamaktadır. Erdem, s. 166.

⁴⁴⁴ AİHM'ne göre bir partinin kapatılması ulusal güvenliğin, kamu emniyetinin, kamu düzeninin, sağlığın, ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması ya da suçun önlenmesi nedenleriyle demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak, zorunlu nedenlerle ve yasayla, yine ölçülülük ilkesine uygun olarak gerçekleştirilebilir. (Aktaran) Turhan, s. 94. Anayasa'nın 67'nci maddesinde parti kapatmalarına ilişkin yapılan değişikliğin, parti kapatmalarını daha sıkı koşullara bağlayan AİHM kararlarına uygun olduğu söylenebilir.

⁴⁴⁵ Turhan, s. 82.

etmeyi içeren ve hukuk devletinin gereği olan bir haktır. Yine AİHS’de 13’üncü maddesinde de bu hak düzenlenmiştir.⁴⁴⁶ Hukuk devletinin gereği olan ve ayrıca AİHS’de düzenlenen bu hakkın karşılıklılık esası gözetilerek yabancılara da tanınması, dilekçe hakkının kullanımını genişlettiği için hukuk devleti ilkesine uygundur. Maddeye eklenen “*gecikmeksizin*” ibaresinin ise maddenin anlamında ciddi bir değişiklik yaptığını söylemek güçtür. Bir hukuk devletinde kamusal işlemlere gecikerek karşılık verilmesi olanağının zaten olmaması gerekir.

2001 Anayasa değişiklikleri ile Anayasa’nın 87’nci maddesinde geçen “*Anayasanın 14’üncü maddesindeki fiillerden dolayı hüküm giyenler hariç olmak üzere*” ibaresi madde metninden çıkartılmıştır. Anayasa’nın 87’nci maddesindeki bu ibarenin kaldırılmasıyla Anayasa’nın 14’üncü maddesinden dolayı hüküm giyenler artık genel af kapsamına girebilecektir. Yine 87’nci maddeye “*genel ve özel af ilanına*” ibaresinden önce gelmek üzere “*Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile*” ibaresi eklenmiştir (4709 sk. m. 28). Böylece TBMM üye tamsayısının beşte üç çoğunluğu, genel af için gerekli olan karar yeter sayısı olmuştur. Anayasa’nın 87’nci maddesinde, genel af ile ilgili olarak yapılan değişiklikler hukuk devleti ile doğrudan ilgili olmayan değişikliklerdir.

Yine Anayasa’nın 89’uncu maddesinin ikinci fıkrasına “*uygun bulmadığı kanunları*” ibaresinden önce gelmek üzere “*kısmen veya tamamen*” ibaresi getirilmiş ve 2’nci fıkranın son cümlesinden önce gelmek üzere “*Cumhurbaşkanınca kısmen uygun bulunmama durumunda, Türkiye Büyük Millet Meclisi sadece uygun bulunmayan maddeleri görüşebilir.*” cümlesi getirilmiştir (4709 sk. m. 29). Anayasa’nın 89’uncu maddesinde yapılmış olan değişiklik, Cumhurbaşkanı’nın onaylanmasını uygun bulmadığı kanunları, tekrar görüşülmek üzere “*kısmen*” TBMM’ye geri göndermesiyle ve Meclisin bu gönderilen kanunları görüşme usulüyle ilgilidir. Devletin daha çok demokratik niteliği ile ilgili olan bu değişikliğin de hukuk devletini doğrudan etkilediği söylenemez.

2001 yılında Anayasa’da yapılan değişikliklerle Anayasa’nın 94/4 fıkrası değiştirilmiştir. Buna göre “*Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkan adayları, meclis üyeleri içinden, Meclisin toplandığı günden itibaren beş gün içinde, Başkanlık Divanına bildirilir... Başkan seçimi, aday gösterme süresinin bitiminden itibaren, beş gün içinde tamamlanır.*” (4709 sk. m. 30) şeklindeki Anayasa’nın 94/4 fıkrasında, daha önce 10 gün olarak belirlenmiş süreler 5 güne indirilmiştir. TBMM Başkanı’nın seçiminin, adaylık ve seçimlerine ilişkin süreleri düzenleyen Anayasa’nın 94/4 fıkrasındaki değişiklikler, hukuk devletinin doğrudan ilgi alanında olan konular değildir.

⁴⁴⁶ Erdoğan, 1999, s. 96-97.

2001 değişiklikleriyle 1982 Anayasası'nın meclis soruşturmasının düzenlendiği 100'üncü madde hükmünde de bazı değişiklikler yapılmıştır. Buna göre bu maddenin birinci fıkrasında geçen “*karara bağlar*” ibaresinden önce gelmek üzere “*gizli oyla*” ibaresi, ikinci fıkrasının sonuna ise “*Bu süre içinde raporun Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına teslimi zorunludur.*” cümlesi eklenmiş ve üçüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir. “*Rapor Başkanlığa verildiği tarihten itibaren on gün içinde dağıtılır, dağıtımından itibaren on gün içinde görüşülür ve gerek görüldüğü takdirde ilgilinin Yüce Divana sevkine karar verilir. Yüce Divana sevk kararı ancak üye tamsayısının salt çoğunluğunun gizli oyuyla alınır.*” (4709 sk. m. 31).

Meclis soruşturması, Başbakan ve bakanların görevleriyle ilgili cezai sorumluluklarının araştırılmasını sağlayan bir denetim aracıdır.⁴⁴⁷ Anayasa'nın 100'üncü maddesinde yapılan değişikliklerden, Meclis soruşturması açılması ve Yüce Divan'a sevk kararlarının gizli oya bağlanması, TBMM üyelerinin üzerlerindeki çeşitli etki ve baskılardan uzak bir biçimde karar vermelerini sağlayarak; Başbakan ve bakanlar hakkında görevleriyle ilgili suçlamalardan dolayı cezai sorumluluklarına gidilmesinin önünü açabilecektir. Bu nedenle 100'üncü maddede düzenlenen oylamaların gizli yapılmasını öngören değişiklik, hukuk devletinde yönetimin hukuka bağlı olması ve yönetici konumundakilerin kendi işlem ve eylemlerinden sorumlu tutulması gereklerinin⁴⁴⁸ hayata geçmesine yardımcı olabilecektir. Bu maddede yapılan diğer değişikliklerle ise meclis soruşturması için yeni bir takım usuller (AY m. 100/3) öngörülmüştür. Meclis soruşturması ile ilgili köklü yenilikler öngörmeyen bu değişiklikler⁴⁴⁹ “*gizli oy*” olumluluğu dışında, hukuk devleti ilkesiyle doğrudan ilgili değildir.

Anayasa'nın Milli Güvenlik Kurulu'nu düzenleyen 118'inci maddesinde de 2001 yılında değişiklikler yapılmıştır. Buna göre 118'inci maddenin şu şekilde olan eski birinci fıkrası “*Milli Güvenlik Kurulu Cumhurbaşkanının Başkanlığında, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Milli Savunma, İçişleri, Dışişleri Bakanları, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ve Jandarma Genel Komutanından kurulur.*” şöyle değiştirilmiştir: “*Millî Güvenlik Kurulu; Cumhurbaşkanının başkanlığında, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Başbakan yardımcıları, Adalet, Millî Savunma, İçişleri, Dışişleri Bakanları, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ve Jandarma Genel Komutanından kurulur.*” (4709 sk. m. 32). Böylece 118'inci maddenin ilk şeklindeki, Milli Güvenli Kurulu'nun yapısındaki sivil kesimle askeri kesimden gelen üyelerinin sayısal eşitliği, 2001 Anayasa değişikliği ile sivil üyeler lehine bozulmuştur.

⁴⁴⁷ Özbudun, s. 301.

⁴⁴⁸ Ökçesiz, 1998, s. 27.

⁴⁴⁹ Erdem, s. 167.

Başbakan yardımcıları ve Adalet Bakanı bu Kurula alınarak sivil üyeler niceliksel olarak arttırılmıştır.

Yine 118'inci maddenin Milli Güvenlik Kurulunun görevlerini belirleyen eski üçüncü fıkrası: “Devletin Milli Güvenlik siyasetinin tayini, tespiti ve uygulanması ile ilgili kararların alınması ve gerekli koordinasyonun sağlanması konusundaki görüşleri Bakanlar Kuruluna bildirir. Kurulun, Devletin varlığı ve bağımsızlığı, ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği, toplumun huzur ve güvenliğinin korunması hususunda alınmasını zorunlu gördüğü tedbirlere ait kararlar Bakanlar Kurulunca öncelikle dikkate alınır.” şu şekilde değiştirilmiştir: “Millî Güvenlik Kurulu; Devletin millî güvenlik siyasetinin tayini, tespiti ve uygulanması ile ilgili alınan tavsiye kararları ve gerekli koordinasyonunun sağlanması konusundaki görüşlerini Bakanlar Kuruluna bildirir. Kurulun, Devletin varlığı ve bağımsızlığı, ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği, toplumun huzur ve güvenliğinin korunması hususunda alınmasını zorunlu gördüğü tedbirlere ait kararlar Bakanlar Kurulunca değerlendirilir.” (4709 sk. m.32)

Milli Güvenlik Kurulu'nun görevlerinin düzenlendiği Anayasa'nın 118'inci maddesinin üçüncü fıkrasında, Kurulun devletin varlığı ve bağımsızlığı, ülkenin bölünmezliği ve bütünlüğü, toplumun huzuru ve güvenliği konusunda alınmasını zorunlu gördüğü kararların, Bakanlar Kurulunca öncelikle dikkate alınacağını belirtilmesinin, bu Kurulun Bakanlar Kurulunu bağlayıcı kararlar alabileceği şeklinde bir izlenim doğurduğu ileri sürülmüştür. Anayasa'da 2001 yılında yapılan değişikliklerle gerek sivil üyelerin sayısı arttırılarak, gerekse bu tür yanlış izlenim veren ifadeler çıkarılarak, Milli Güvenlik Kurulu'nun Bakanlar Kurulunu bağlayıcı kararlar alabileceği izlenimi gidermiştir.⁴⁵⁰ Böylece Anayasa'nın 118'inci maddesinde yapılan bu değişikliklerle eski metnin sözel vurgusu sivil otorite lehine yumuşatılmış, bu Kurulun kararlarının bağlayıcılığı konusunda var olan kuşklar giderilmiştir.⁴⁵¹ Millet adına karar alma yetkisinin yasama organında olduğunu vurgulayan bir değişiklik olması nedeniyle, 118'inci maddede yapılan değişikliğin daha çok demokratik devlet ilkesiyle (AY m. 2) ilgili olduğu söylenebilir.

1982 Anayasası'nda 4709 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle Anayasa Mahkemesi'nin çalışma ve yargılama usulünün düzenlendiği 149'uncu maddesinin birinci fıkrasında geçen “iptale” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve siyasi parti davalarında kapatılmaya” ibaresi eklenmiş, “üçte iki” ibaresi “beşte üç” olarak değiştirilmiştir (4709 sk. m. 33). Bu değişikliklerle Anayasa değişikliklerinde iptal kararı vermek için gerekli olan çoğunluk üçte

⁴⁵⁰ Günday, s. 384.

⁴⁵¹ Erdem, s. 168.

ikiden beşte üçe indirilmiş; siyasi parti kapatılmaya ilişkin davalarda ise kapatma kararı verebilmek için gerekli çoğunluk, salt çoğunluktan beşte üç çoğunluğa yükseltilmiştir. Anayasa'nın 149'uncu maddesinde 2001 yılında yapılan değişikliklerden hukuk devletiyle ilgili olanı, parti kapatma kararlarının salt çoğunluk yerine beşte üç çoğunlukla verilmesini öngören ve parti kapatmayı zorlaştıran değişikliktir. Böylelikle Anayasa Mahkemesi'nin siyasi partiler için güvence olma ve temel hak ve özgürlükleri koruyucu niteliği az da olsa öne çıkarılmıştır. Siyasi partilerle ilgili özgürlükleri genişletebilecek olan bu değişiklik hukuk devleti ile de uyumludur.

1982 Anayasası'nda 2001 yılında yapılan değişiklikle, Anayasa'nın geçici 15'inci maddesinin son fıkrası da madde metninden çıkartılmıştır. Bu fıkra 12 Eylül 1980 tarihinden ilk genel seçimler sonucu oluşacak TBMM Başkanlık Divanı oluşturuluncaya kadar geçen süre içinde (AY geçici m. 15/1) çıkarılan kanun, kanun hükmünde kararname, diğer karar ve tasarrufların Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülemeyeceğini öngörüyordu. Bu dönemde çıkarılan kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin sayısı ve toplumsal yaşamdaki önemleri de dikkate alındığında, bunların yargı denetimine açılmasının insan hakları, demokratik devlet ve hukuk devleti açısından taşıdığı değer çok fazladır. Dolayısıyla 1982 Anayasası'nın geçici 15'inci maddesinin son fıkrasının Anayasa'dan çıkartılması, hukuk devleti için gerekli ve zorunlu olan bir değişikliğin gerçekleştirilmesi anlamını taşımaktadır. Ancak bu kararların Anayasa'ya aykırılığı iptal davası yoluyla değil, defi yoluyla ileri sürülebilecektir.⁴⁵²

Ayrıca 21 Kasım 2001 tarih ve 4720 sayılı Kanunla⁴⁵³ Anayasa'nın 86'ncı maddesinde değişikliğe gidilmiştir. Anayasa'da yapılan bu değişiklikle "*Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyelerinin ödenek, yolluk ve emeklilik işlemleri kanunla düzenlenir*" şeklinde 86'ncı maddenin ilk fıkrası değiştirilmiş ve bu fıkra "*emeklilik*" ibaresi eklenmiştir. Aynı fıkranın sonuna "*Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri ile bunların emeklileri T.C. Emekli Sandığı ile ilgilendirilirler ve üyeliği sona erenlerin istekleri halinde ilgileri devam eder*" cümlesi eklenmiştir. Yine 86'ncı maddenin ikinci fıkrasındaki "*sosyal güvenlik kuruluşları*" ibaresi "*T.C. Emekli Sandığı*" olarak değiştirilmiştir (4720 sk. m. 1). Anayasa'da, TBMM üyelerinin özlük hakları ve emeklilikleri ile ilgili olarak yapılan bu değişikliklerin hukuk devletiyle doğrudan bir bağlantısı yoktur.

1982 Anayasası'nın ilk şeklinde, 1980 öncesi döneme tepki olarak temel hak ve özgürlükler konusunda sınırlama ve yasaklara ağırlık verilmiş; otorite beklentisine de yanıt

⁴⁵² Erdem, s. 168.

⁴⁵³ Resmî Gazete, 1 Aralık 2001, Sayı 24600.

olarak yürütme organı güçlendirilmişti. Anayasa'da hak ve ödev dengesi iyi kurulamamış ve özgürlüklere yeterli güvence sağlamadan, sorumlulukların ağırlığı artırılmıştı.⁴⁵⁴ Anayasa'nın insan hakları konusundaki temel felsefesi insan haklarını devletin temel dayanaklarından, içsel ve özsel unsurlarından ve varoluş nedenlerinden biri olarak kabul etmeyen; insan haklarına içkin değerlerin, siyasal sistem ve hukuk düzeni üzerinde kuşatıcı ve belirleyici bir etki doğurmasını istemeyen niteliğe sahipti.⁴⁵⁵ Ancak 2001 yılında yapılan değişikliklerle Anayasa'nın bu özelliğinden büyük ölçüde sıyrılması için önemli mesafe kat edilmiştir. Anayasa'nın 13'üncü maddesinden genel sınırlama nedenleri çıkartılmış ve böylece sayıca çok fazla ve içerik olarak da çok ağır olan genel sınırlama nedenlerine dayanılarak özgürlüklere aşırı müdahaleler yapma olanağı kalkmıştır. Ayrıca klasik, siyasi ve sosyal hak ve özgürlükler alanında da iyileştirmeler yapılmıştır. Anayasa'nın geçici 15'inci maddesinin son fıkrasının ilgasıyla da Anayasa 12 Eylül düşüncesinden biraz daha uzaklaşmıştır. Bu nedenle 2001 Anayasa değişikliklerinin, Anayasa'nın ilk şeklinde otorite lehine bozulmuş olan dengeyi özgürlükler lehine tekrar kurmada önemli katkıları olduğu ifade edilmiştir.⁴⁵⁶

2.2.2.5. 2001-2004 Değişiklikleri ve Ölüm Cezası

Yaşam hakkı insanoğlunun en temel hakkı, varlığının ve fizik devamlılığının ilk koşuludur. İnsan haklarının ilki ve insanoğlunun en üstün hakkı olarak yaşam hakkına saygı, bütün diğer hakların kullanılması için vazgeçilmezdir. Yaşam hakkı kamu makamlarının emri ya da izni ile öldürülemez ve yaşama yönelik tehlike ya da risklere karşı yine kamusal otoriteler tarafından korunma talebini içerir. Hiyerarşik bakımdan ilk ve en üst olan yaşam hakkı hem doğal bir olgu, hem de diğer hak ve özgürlüklerin ön koşuludur. Bütün hakların kaynağı ve ön şartı olan yaşam hakkı, 1982 Anayasası'nda "*Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına sahiptir.*" şeklinde 17'nci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. AİHS'nin en temel niteliklerinden biri yaşam hakkı bahşeden 2'nci maddesidir. AİHS'ne göre bu kuralın tek istisnasını ise meşru savaş eylemleri sonucunda meydana gelen ölümler oluşturmaktadır (m.15/2).⁴⁵⁷

⁴⁵⁴ Soysal, s. 128.

⁴⁵⁵ Sancar, s. 140.

⁴⁵⁶ Kaboğlu, 2010, s. 90.

⁴⁵⁷ Kaboğlu, 1998, s. 154-155.

Yaşam hakkının taşıdığı bu önem nedeniyle, bu hakkın sonlandırılması anlamına gelen ölüm cezası ulusal sınırları aşmış, birçok uluslararası anlaşmalara konu olmuştur. Bu anlaşmalardan birisi, Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanıp 15 Ocak 2003 tarihinde ülkemiz tarafından imzalanan İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Avrupa Sözleşmesine, Ölüm Cezasının Kaldırılmasına Dair Ek 6 No'lu Protokol'dür. Bu Protokolün onaylanması 26.6.2003 tarihli ve 4913 sayılı Kanunla uygun bulunmuştur. Bu Protokolde ölüm cezasına ilişkin şu düzenlemeler yer almıştır: “*Ölüm cezası kaldırılmıştır. Hiç kimse bu cezaya çarptırılmaz ve idam edilemez.*”, “*Bir Devlet savaş zamanında veya yakın savaş tehdidi durumlarında işlenen eylemler için yasalarında ölüm cezasına ilişkin hüküm öngörülebilir; böyle bir ceza, ancak yasada belirtilen durumlarda ve yasa hükümlerine uygun olarak uygulanabilir.*”⁴⁵⁸

İlk şeklinde ölüm cezasına ilişkin herhangi sınırlama bulunmayan 1982 Anayasası'nda, 3 Ekim 2001 tarihinde yapılan değişiklikle, 38'inci maddesine şu fıkra hükmü eklenmiştir “*Savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları halleri dışında ölüm cezası verilemez.*” (4709 sk. m.15). Anayasa'ya ölüm cezasıyla ilgili getirilen bu sınırlama ile savaş, yakın savaş tehdidi ve terör suçları hariç, ölüm cezasının ilgili kanunlardan çıkarılması zorunluluğu doğmuştur. Bu doğrultuda çıkarılan 4771 sayılı Kanunla Anayasa ile uyum sağlamak için mevzuattaki bazı ölüm cezaları müebbet ağır hapis cezasına çevrilmiştir. Ancak Ölüm Cezasının Kaldırılmasına Dair Ek 6 No'lu Protokolün onaylanmasından sonra (2003 yılında), ilgili Protokol hükümleri ile Anayasa'nın idam cezasını düzenleyen hükmü arasında uyumsuzluk ortaya çıkmıştır. 6 No'lu protokolde ölüm cezası ancak “*savaş ya da yakın savaş tehdidi*” ile sınırlanabilirken, Anayasa'nın 38'inci maddesi, terör suçlarını da ölüm cezasının uygulanabileceği suç kategorileri arasında belirtmiş ve ölüm cezasının kapsamı Anayasa'da bu Protokole göre geniş tutulmuştu.

Ölüm cezası en önde en üst insan hakkı olan ve diğer temel hak ve özgürlüklerin kullanılabilmesinin önkoşulu olan yaşam hakkını ortadan kaldırdığı için hukuk devletiyle doğrudan ilgili olan bir yaptırımdır. Bu cezanın uygulanması bütün temel hak ve

⁴⁵⁸ Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Y., Ankara 2008, s. 570. İdam cezasını konu edinen diğer bir uluslararası sözleşme de Türkiye tarafından 9 Ocak 2004 tarihinde imzalanan İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesine Ek Ölüm Cezasının Her Koşulda Kaldırılmasına Dair 13 No'lu Protokol'dür. Bu protokolün onaylanması 6. 10. 2005 tarih ve 5409 sayılı Kanunla uygun bulunmuştur. Söz konusu Protokol'ün ölüm cezasıyla ilgili hükümleri şu şekildedir: “*Ölüm cezası kaldırılmıştır. Hiç kimse bu cezaya çarptırılmaz ve idam edilemez.*”, “*... bu Protokolün hükümlerine istisna getirilemeyecektir.*”, “*... bu Protokolün hükümleriyle ilgili hiçbir çekince konulamaz.*” Özgenç, s. 571. 13 No'lu Protokol'ün yürürlüğe girmesi hukuk sistemimiz açısından ölüm cezası konusunda yeni bir sonuç doğurmamıştır. Çünkü Anayasada 2004 yılında yapılan değişiklikle zaten ölüm cezası kaldırılmış ve bu ceza hukuk sistemimizden çıkartılmıştı.

özgürlüklerin yok olmasına (yaşama son verilerek) neden olacak, uygulanmaması ise tam tersi bir sonuç doğuracaktır. Acaba bir hukuk devletinde en temel hak olan ve diğer özgürlüklerin temeli sayılan yaşam hakkına son verilebilir mi? Bu soruya ölüm cezasının gerekli olup olmadığı hakkındaki görüşler etrafında yanıt aramak mümkündür. Bu cezanın gerekli olduğunu savunanlara göre, ölüm cezası adam öldürme gibi ağır suçlar açısından en etkili cezadır ve cezaların genel önleme fonksiyonu açısından daha uygundur. Ölüm cezası yerine verilen ömür boyu hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum olanların, tekrar topluma kazandırılması imkanı çoğu zaman bulunmamakta; bu kişiler toplumdan tamamen kopmaktadır. Yine ölüm cezasının belli ağırlıktaki suçları işleyenlere uygulanacak bir yaptırım olarak, toplumdaki kişileri tasfiye amacıyla muhafaza edilmesi gerekir. Ölüm cezasının seçeneği olarak görülen, ömür boyu hapisle hürriyeti bağlayıcı ceza ise aslında cezalandırılmakla güdülen amacı gerçekleştirmemektedir.⁴⁵⁹

Buna karşılık, ölüm cezasına karşı çıkanlar, bu cezanın insan onuruyla bağdaşmadığını düşünmektedirler. İşlediği suç dolayısıyla çok tehlikeli bir kişiliğe sahip olsa bile suçlu yine bir insandır ve insan onuruna sahiptir. İnsan çok ağır bir suç da işlese devlet bir kimsenin hayatına son vermemelidir. Ayrıca ölüm cezası suçluyu toplumdan tasfiye amacı gütmektedir. Tasfiye ise çağdaş bir cezanın amacı değildir. Çağdaş bir ceza, suçlunun topluma kazandırılmasını, ıslahını ön planda tutar. Diğer bir gerekçe ise ölüm cezasının telafisinin mümkün olmaması olarak gösterilmektedir. Yine ölüm cezasına karşı çıkanlar bu cezanın caydırıcı olduğu görüşüne de katılmamaktadır.⁴⁶⁰ Hukuk devleti açısından ölüm cezasına karşı olan düşüncelere üstünlük tanımak ve yaşam hakkı ile buna bağlı diğer bütün özgürlüklerin genişletmek daha yerinde bir düşünce olacaktır. Özellikle her insanın doğuştan bir onura sahip olması ve ölüm cezasının telafisi mümkün olmayan sonuçlara yol açması; yine hukuk devletinin temel hak ve özgürlüklerin güvence altında olması gereği –bu özgürlüklerin en başında yaşam hakkı gelir-, ölüm cezasının kalkması gerektiği düşüncelerine daha uygundur. Bu nedenle 1982 Anayasası'nın 38'inci maddesine eklenen fıkrayla, ölüm cezası uygulamasının savaş, yakın savaş tehdidi ve terör suçlarıyla daraltılması, daha öncesine göre hukuk devleti açısından olumlu bir değişiklik olmuştur.

Ayrıca ölüm cezasını ancak bireyüstü bir hukuk anlayışının meşru gösterebileceği ve ölüm cezasının yürürlükte olmasının, bireyci bir devlet ve toplum anlayışının egemen olmadığı bir toplumda söz konusu olabileceği ifade edilmiştir. Bireyin tek başına bir amaç olarak kabul edilmediği, devlet ve toplumun amaçlarını gerçekleştirmede bir araç olarak görüldüğü bir

⁴⁵⁹ Özgenç, s. 571.

⁴⁶⁰ Özgenç, s. 572.

toplumda ölüm cezası verilmesi mümkün ve meşru olacaktır.⁴⁶¹ Buna karşılık bireyci ve insanın bir birey olarak başlı başına amaç olduğu düşüncesinin hakim olduğu devlet ve toplumlarda ölüm cezası meşru görülmeyecektir. Modern hukuk devleti ise liberal bireyci düşünceden kaynaklanmakta, anayasalar nerdeyse liberal bireyci bir özgürlük anlayışının ilkelerine indirgenmektedir.⁴⁶² Liberal özgürlük anlayışında bireyin devletten önce sahip olduğu bir özgürlük alanı vardır ve devlet iktidarı bu özgürlüklerle sınırlandırılmıştır.⁴⁶³ Yani devlet asıl amaç olan bireylerin hak ve özgürlüklerini korumada görevli olan bir araçtır. Bireyin en başta gelen özgürlüğü ise yaşam hakkıdır. Ölüm cezasının kalkması gerektiğine yönelik düşünceler incelendiğinde kaynağını, modern hukuk devletinin temelini oluşturan liberal, bireyci özgürlük anlayışı ve bireylerin başlı başına bir amaç olması düşüncelerinden aldığı görülecektir. Bu nedenle hukuk devleti ile ölüm cezasının kalkması gerektiğini savunan düşünceler arasında felsefi, düşünsel bir bağ ve yakınlık olduğu ve ölüm cezasının kalkması gerektiğine yönelik düşüncelerin hukuk devletine daha uygun olduğu söylenebilir.

7.5.2004 tarih ve 5170⁴⁶⁴ sayılı Kanunla ise 1982 Anayasası'nın 38'inci maddesinde yapılan değişiklikle ölüm cezasıyla ilgili şu hüküm getirilmiştir: “*Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez.*” (5170 sk. m. 5). Böylece ölüm cezası Anayasa'dan bütün suçlar için çıkarılmış oluyordu. Anayasa'da yapılan bu değişiklikten sonra, kanunlarda yer alan ve çeşitli suçlar karşılığında öngörülen ölüm cezaları 14. 07. 2004 tarih ve 5218 sayılı Kanunla kaldırılarak, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına dönüştürülmüştür. Yine daha sonra yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu'nda da ölüm cezasına yer verilmemiştir.⁴⁶⁵ Anayasa'nın 38'inci maddesinde yapılan değişiklikle ölüm cezasının yasaklanması hakkında, ölüm cezasının sınırlandırılmasına ilişkin olarak yapılan açıklamalar geçerlidir. Bu nedenle ölüm cezasını tamamen kaldıran Anayasa değişikliği hukuk devleti için ileri bir adım olmuştur.

1982 Anayasası'nda 5170 sayılı Kanunla yapılan bir diğer değişiklik ise “*Genel müsadere cezası verilmez*” şeklindeki dokuzuncu fıkra hükmünün madde metninden çıkartılması olmuştur. Suçlunun kişisel olan ve suçla ilgili olmayan tüm mallarının mülkiyetinin devlete geçmesini öngören genel müsadere cezasının⁴⁶⁶ verilemeyeceğine ilişkin güvence niteliğindeki hüküm 5170 sayılı Kanunla (m. 5) Anayasa'nın 10'uncu fıkrasına eklendiği için hukuk devleti açısından sonuç doğuran bir değişiklik söz konusu olmamıştır.

⁴⁶¹ Radbruch, Gustav, “Ölüm Cezası” *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, İstanbul Barosu Y., İstanbul 2002, s. 33.

⁴⁶² Schmitt, s. 120.

⁴⁶³ Schmitt, s. 121.

⁴⁶⁴ Resmî Gazete, 22 Mayıs 2004, Sayı 25469.

⁴⁶⁵ Özgenç, s. 571.

⁴⁶⁶ Özbek, 2006 (b), s. 594.

1982 Anayasası'nın 38'inci maddesinde 2004 yılında yapılan değişiklikle ölüm cezasının kaldırılmasına bağlı olarak, Anayasa'nın diğer maddelerindeki ölüm cezasına ilişkin ifadelerin de kaldırılması zorunluluğu doğmuştur. Bu bağlamda Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerin durdurulması başlığının taşıyan 15'inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*ile, ölüm cezalarının infazı*" ibaresi Anayasa metninden çıkartılmıştır (5170 sk. m. 2). Böylece Anayasa'nın 15/1 fıkrasındaki belirtilen durumlarda ölüm cezasının infaz edileceği hükmü madde metninden çıkartılmıştır. Yine Anayasa'nın 17'nci maddesinin dördüncü fıkrasının başında geçen "*Mahkemelerce verilen ölüm cezalarının yerine getirilmesi hali ile*" ibaresi madde metninden çıkartılmış (5170 sk. m. 3), ölüm cezalarının infazı gerekçesiyle kişilerin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığına dokunulabileceğini öngören istisnai hüküm madde metninden çıkartılmıştır. Anayasa'nın 87'nci maddesinde yer alan "*mahkemelerce verilip, kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesine*" ibaresi de madde metninden çıkartılmış (5170 sk. m. 6), bundan böyle ölüm cezalarının infazına karar vermek Meclis'in görevleri arasında sayılmamıştır.

Ayrıca 5170 sayılı Kanunla Anayasa'da yapılan değişikliklerle, kanun önünde eşitliği düzenleyen Anayasa'nın 10'uncu maddesinin birinci fıkrasından sonra gelmek üzere maddeye şu fıkra eklenmiştir: "*Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.*" (5170 sk. m. 1). Anayasa'nın 10'uncu maddesine eklenen bu fıkranın birinci cümlesi, kanun önünde eşitlik ilkesinin (AY m. 10/1) cinsiyet farklılığı bakımından özel bir düzenlemesi niteliğindedir. Bu nedenle 10'uncu maddeye eklenen birinci cümleyi nitelik olarak, kadın ve erkekler arasındaki eşitliği tekrar eden bir değişiklik olarak görmek mümkündür. Maddeye eklenen fıkranın ikinci cümlesi ise kanun önünde eşitlik ilkesinden ayrılmakta ve devlete kadın ve erkekler arasındaki cinsiyet ayrımcılığının kaldırılması için olumlu edimlerde bulunma yetki ve ödevi vermektedir. Devlet Anayasa'nın 10'uncu maddesindeki bu fıkraya dayanarak örneğin kadınlar (veya erkekler) için pozitif ayrımcılık uygulayabilecektir.⁴⁶⁷ Kanun önünde eşitlik ilkesinin gerçek yaşama aktarılması için devlete olumlu edimler alma yetki ve yükümünü veren bu Anayasa değişikliği, hukuk devletinin toplumsal yaşama aktarılmasını sağlayacak bir değişiklik olarak değerlendirilebilir.

⁴⁶⁷ <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=3783>. 27. 02. 2011. Pozitif ayrımcılık fırsat eşitliğini sağlama ve sosyal hayata tam katılım kapsamında toplumda özellikle özür lülük gibi özel durumları gereği sosyal yönden korunması gereken dezavantajlı gruplara makul seviyede tanınan bazı imtiyazlardır. <http://www.nenedir.net/nedir/ozel-egitim/8495-pozitif-ayrimcilik-nedir.html>. 25. 05. 2011.

2004 Anayasa değişiklikleri ile Anayasasının 30'uncu maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir. “*Kanuna uygun şekilde basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentileri ile basın araçları, suç aleti olduğu gerekçesiyle zapt ve müsadere edilemez veya işletilmekten alıkonulamaz.*” (5170 sk. m. 4). Bu maddede yapılan değişlikle, “*devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, Cumhuriyet'in temel ilkeleri ve milli güvenlik aleyhinde işlenmiş suçlardan mahkum olma*” durumlarında el koyulabilen basımevi ve eklentileri ile basın araçlarına, artık hiçbir gerekçe ile el konulamayacaktır. Böylece Anayasa'nın 30'uncu maddesinde düzenlenen bu özgürlük için artık herhangi bir özel sınırlama nedeni bulunmamaktadır. Basın girişimleri kurma, basma ve yayma, okuyucu içinse tercihinine göre haber alma özgürlüğü anlamına gelen basın zgrlę⁴⁶⁸ için daha güvenceli bir düzenleme getiren Anayasa'nın 30'uncu maddesinde yapılan bu değişiklik hukuk devletinin temel hakların korunması gereğiyle de daha uyumludur.

1982 Anayasası'nın 38'inci maddesinin son fıkrasında yapılan değişiklikle, vatandaşın Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği durumlarda, istisnai olarak suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilebileceği hükmü getirilerek, hiçbir şekilde vatandaşın suç sebebiyle yabancı ülkeye verilemeyeceği şeklindeki eski hüküm değiştirilmiştir (5170 sk. m. 5). Vatandaşın geri verilmeyeceği kuralı vatandaşları korumak için getirilmiş, güvence niteliğinde bir hkmdr. Anayasa'nın 38'inci maddesinde yapılan değişiklikle Uluslararası Ceza Divanı'na taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler konusunda bu kurala aykırı davranılabilecektir. Bu yükümlülüklerin kapsamına ise soykırım, insanlığa karşı işlenen suçlar, savaş suçları ve saldırı suçları girmektedir. Bunlardan birisinin vatandaş tarafından işlenmesi halinde vatandaş yabancı bir ülkeye verilebilecektir.⁴⁶⁹ Bu nedenle vatandaş ile ilgili bir güvencenin kapsamını daraltmış gibi görünen bu istisna, aslında evrenselliği tartışılmaz olan insanlığa karşı suç işleyenlerin adaletten kaamamasını güvenceye aldığı için hukuk devleti bakımından olumsuz olduğu söylenemez.

2004 yılında yapılan değişikliklerle Anayasa'nın 90'ıncı maddesinin son fıkrasına şu cümle eklenmiştir. “*Usulüne göre yrrlğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*” (5170 sk. m. 7). Türk hukukunda milletler arası andlaşmalarla kanunlar hukuki açıdan eşdeğer niteliktedir. Anayasa'nın 90'ıncı maddesinde yeni getirilen düzenleme ise insan haklarına ilişkin andlaşmalara kanunlar karşısında bir üstünlük tanınmamakta, sadece hüküm atışması olması

⁴⁶⁸ Kaboğlu, 1998, s. 284.

⁴⁶⁹ zbek, 2006 (b), s. 259.

durumunda sözleşme hükümlerinin uygulanmasını öngörmekte ve andlaşmaların kanun niteliğini değiştirmemektedir.⁴⁷⁰ Anayasa'nın 90'ıncı maddesinde yapılan bu değişikliğin devrim niteliğinde ve hukuk devletini ileri noktalara taşıyacak bir değişiklik olduğu ifade edilmiştir. Buna göre bu değişiklik Türkiye'nin taraf olduğu evrensel düzeydeki temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemelere iç hukukta kamu makamlarınca ağırlık verilecek, böylelikle hukuk devleti ve insan hakları düşüncesi güç kazanacaktır.⁴⁷¹ Ancak uluslararası andlaşma hükümlerinin temel hak ve özgürlükler alanında teorik olarak kanunlardan daha geri bir seviyede olması mümkündür. Böyle bir durumda ise Anayasa'nın açık hükmü karşısında temel hak ve özgürlüklerin genişlemesinden değil, daralmasından bahsetmek gerekir.⁴⁷²

1982 Anayasasının 131'inci maddesinin ikinci fıkrası 2004 Anayasa değişiklikleri ile aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir. *“Yükseköğretim Kurulu, üniversiteler ve Bakanlar Kurulunca seçilen ve sayıları, nitelikleri, seçilme usulleri kanunla belirlenen adaylar arasından rektörlük ve öğretim üyeliğinde başarılı hizmet yapmış profesörlere öncelik vermek sureti ile Cumhurbaşkanınca atanan üyeler ve Cumhurbaşkanınca doğrudan doğruya seçilen üyelere kurulur.”* (5170 sk. m. 8). Yükseköğretim Kurulu, yükseköğretim kurumlarını düzenlemek, yönetmek, denetlemek, yükseköğretim kurumlarındaki eğitim, öğretim ve bilimsel araştırma faaliyetlerini yönlendirmek bu kurumların kanunda belirtilen amaç ve ilkeler doğrultusunda kurulmasını, geliştirilmesini ve üniversitelere tahsis edilen kaynakların etkili biçimde kullanılmasını sağlamak ve öğretim elemanlarının yetiştirilmesi için planlama yapmak maksadı ile kurulur.⁴⁷³ Anayasa'da yapılan bu değişiklikte Genelkurmay Başkanlığının Yükseköğretim Kurulu için aday göstermesi usulüne son verilmiştir. Bu değişikliğin yerinde olması ayrı bir konu olup, idari nitelikli bu Kurulun oluşum şekline ilişkin yapılan bu değişiklik, *“idarenin sivilleştirilmesi”* olumluluğu dışında, hukuk devletinin zorunlu gerekleriyle ilgili değildir.

2004 değişiklikleri ile 1982 Anayasası'nın 160'ıncı maddesinin son fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlükten kaldırılan madde hükmü şu şekildeydi: *“Silahlı Kuvvetler elinde bulunan Devlet mallarının Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetlenmesi usulleri, Milli Savunma hizmetlerinin gerektirdiği gizlilik esaslarına uygun olarak kanunla düzenlenir.”*

⁴⁷⁰ Atar, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, Mimoza Y., Konya 2007, s. 349. Buna karşılık uluslar arası Andlaşma hükümlerinin, kanunların üstünde ve Anayasa'nın altında, Anayasal değerde ya da Anayasa'dan da üstün olduğu şeklinde görüşler de ileri sürülmüştür. Küçük, s. 374-375 Temel hak ve özgürlükleri koruma altına alan uluslar arası sözleşmelerin normlar hiyerarşisinde özgül ve üstün bir yeri olduğu hakkındaki görüş ayrıca için Bkz. Kaboğlu, 2010, s. 128.

⁴⁷¹ Erdem, s. 170.

⁴⁷² Buna karşılık eğer yasa uluslararası sözleşmeden daha ileri bir hüküm öngörüyorsa yasaya öncelik tanınması gerektiği belirtilmiştir. Kaboğlu, 2010, s. 133.

⁴⁷³ Odyakmaz; Kaymak; Ercan, s. 214.

(5170 sk. m. 10). Bu değişiklikten sonra TBMM adına Silahlı Kuvvetlerin gelir gider ve mallarının denetlenmesi, sorumluların hesap ve işlemlerinin kesin hükme bağlanması Anayasa'nın 160/1 fıkrasına göre (genel kurala göre) gizlilik esası gözetilmeden "Sayıştay" tarafından gerçekleştirilecektir.

Sayıştay'ın görevleri arasında bulunan denetleme ve inceleme fonksiyonları idari nitelikte, sorumluların hesap ve işlemlerinin kesin hükme bağlanması görevleri ise yargısal niteliktedir.⁴⁷⁴ Sayıştay'ın Silahlı Kuvvetlerin elinde bulunan malları gizlilik esasına göre denetlemesi işlemleri de idari nitelikte olan işlemlerdendir. İdari işlemlerin kural olarak ve mutlak bir şekilde açıklık ilkesine (aleniyet) göre yapılması hukuk devletinin zorunlu bir gereği değildir. Dolayısıyla Anayasa'nın 160'ıncı maddesinde yapılan bu değişikliğin hukuk devletinin zorunlu bir sonucu olduğu söylenemez. Hukuk devletinde aleni olma konusundaki genel ilke yargılama alanındadır.⁴⁷⁵ Ancak söz konusu işlemlerin artık gizlilik esasına göre yapılmayacak olması ve bu konuda olağan denetim ve açıklık ilkelerinin getirilmesi, yönetsel organların hukuka uygun davranmasını ve hesap verilebilirliği arttıracak için hukuk devletine olumlu yansıyacaktır. Bu nedenle Anayasa'nın 160'ıncı maddesindeki değişikliğin hukuk devletini dolaylı olarak geliştireceği söylenebilir.

Anayasa'da 2001 ve 2004 yılında yapılan değişikliklerden devrim niteliğinde ve hukuk devleti yönünden en dikkate değer olanı, ölüm cezasına ilişkin olarak gerçekleştirilenlerdir. Bu değişikliklerle ölüm cezası öncelikle savaş, yakın savaş tehdidi ve terör halleriyle ilgili olarak sınırlandırılmış, daha sonra da tamamen hukukumuzdan çıkartılmıştır. Ölüm cezaları ülkemizde genellikle askeri ya da yarı askeri dönemlere özgü ve siyasi suçlular hakkında uygulanan bir yaptırım olmuştur. Sivil dönemlerde bu cezanın uygulanma oranı yaklaşık olarak ortalama 2'yken, askeri dönemlerde 13,5'tir.⁴⁷⁶ Demokrasinin askıya alındığı dönemlerde uygulanan bir ceza olması, bu cezaya yönelik olan kuşkuları daha da arttırmaktadır. Ölüm cezasının bu dönemlerde daha çok uygulanması, bu cezanın siyasi gerekçelerle ve haksız olarak uygulandığını düşüncesini haklı çıkarmaktadır. Bu nedenle ölüm cezası ile ilgili sadece ülkemizde yaşanan gelişmelere bakarak bile, bu cezanın kaldırılmasının hukuk devletinin gelişimi açısından ileri bir aşama olduğu söylemek yanlış olmaz.

⁴⁷⁴ Derdiman, s. 186.

⁴⁷⁵ Raz, s. 156.

⁴⁷⁶ <http://www.istanbulbarosu.org.tr/images/haber/idamcezasiturkcemetin2007.doc>. 20. 05. 2011.

2.2.2.6. Anayasa Mahkemesi'nce İptal Edilen 2008 Değişikliği ve Eşitlik İlkesi

9 Şubat 2008 Tarih ve 5735 Sayılı Anayasa'da değişiklik öngören Kanunla⁴⁷⁷ Anayasa'nın 10'uncu ve 42'nci maddeleri değiştirilmiştir. Buna göre Anayasa'nın 10'uncu maddesinin dördüncü fıkrasına “*bütün işlemlerinde*” ibaresinden sonra gelmek üzere “*ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında*”(5735 sk. m. 1) ibaresi eklenmiştir. Yine bu kanunla Anayasa'nın 42'nci maddesine altıncı fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir. “*Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir.*”(5735 sk. m.2). Ancak 5735 sayılı bu Kanun, Anayasa Mahkemesi'nin 5.6.2008 Tarih ve E. 2008/16, K. 2008/116 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Dolayısıyla 5735 sayılı Kanunla Anayasa'nın 10'uncu ve 42'nci maddelerinde yapılan bu değişiklikler hukuken geçerlik kazanmamıştır.

2008 yılında değiştirilmesi amaçlanan Anayasa'nın 10'uncu maddesi kanun önünde eşitlik ilkesini düzenlemektedir. Kanun önünde eşitlik kamu otoritelerinin hiçbir ayırım gözetmeksizin (dil, ırk, soy, sınıf, cinsiyet, felsefi ve siyasi inanç, farklılıkları gibi) hukuk önünde herkese eşit muamele etmesini gerektirir. Bu tür bir eşitlik hukuk devletinin gerekli, zorunlu ve yeterli gördüğü eşitlik anlayışıdır.⁴⁷⁸ Kanun önünde eşitlik kavramı ile hukuk devletinin benimsediği kanun anlayışı arasında içsel bir bağ da bulunmaktadır. Hukuk devletinde kanunların genel ve soyut olma özelliği, kanun önünde eşitlik ilkesini beraberinde getirmektedir. Hukuk devletinde kanun her türlü imtiyaz, istisna ve ihlale karşı güvence sağlayan, doğası gereği genel, soyut ve “*eşit*” bir normdur. Birel işlemler önünde ise eşitlik söz konusu olmaz, bunlar belli durum ve kişilerle ilgilidir ve farklı hükümler içerebilirler.⁴⁷⁹

Bununla birlikte hukuk uygulamasında tam anlamıyla genel olmayan ve belli kesimlere yönelik olan düzenlemeler de yapılabilir. Bu durumda eşitlik ilkesi, özel düzenlemeye konu olan kişiler arasında farklı uygulama yapılmamasını gerektirir. Yani eşitlik ilkesi böyle durumlarda benzer durumda olanlara aynı, farklı durumda olanlara farklı muamele yapmayı

⁴⁷⁷ Resmî Gazete, 23 Şubat 2008, Sayı 26796.

⁴⁷⁸ Anayasa Mahkemesine göre: “Eşitlik temeline dayanan adil bir hukuk düzeni kurmak, hukuk devletinin en önemli işlevlerinden bir olduğundan, hukuki eşitlik sağlanmadan hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmeyeceği açıktır.” E. 1999/39, K. 2000/23, t. 19. 09. 2000. (Aktaran) Küçük, 2008, s. 432.

⁴⁷⁹ Schmitt, s. 143.

gerektirir.⁴⁸⁰ Mutlak eşitlik insanlar arasındaki farklılık ne olursa olsun, onların hepsine aynı şekilde davranılmasını gerektirir. Bu tür eşitlik, insanların şematize edilmesi ya da yeknesaklaştırılması demektir. Sosyal ve ekonomik eşitlik ise kişilerin servet ve gelir sahipliği bakımından eşitlenmelerini gerekli görür. Bu tür bir eşitlik anlayışının özgürlüğü yıkıcı olduğu ileri sürülmüştür.⁴⁸¹ Hukuk devletinde, farklı durumdakilere farklı davranılmasını mümkün ve adil kabul edildiği için, mutlak eşitliğin hukuk devletinde sınırlı bir uygulama alanı olabilir. Yine sosyal ve ekonomik eşitliğin katı bir şekilde uygulanması da, özgürlüklere aşırı müdahaleye yol açacağı için hukuk devletiyle bağdaşmaz.

2008 yılında Anayasa'nın 10'uncu maddesinin dördüncü fıkrasına eklenen ibare Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmemiş olsaydı, kanun önünde eşitliği düzenleyen söz konusu fıkra şu şekilde olacaktı: *“Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”* 10'uncu maddeye eklenen bu ibareyle, kamu hizmetlerinden yararlanan konumunda olan kimselerin aldıkları kamusal hizmetlerin kanun önünde eşitlik ilkesine göre verileceği öngörülmüyordu. Aslında Anayasa'nın 10'uncu maddesi gereği kanun önünde eşitlik ilkesi kamu hizmetlerinden yararlanan kimseler için de geçerli bir ilkedir ve haklı bir neden olmaksızın kamu hizmetlerinden yararlananlar arasında ayırım yapılması mümkün değildir. Yine bireyler kamusal yönetim usullerine göre yürütülen kamu hizmetleri karşısında, hizmetten yararlanmaya adaylar olarak kamusal ve nesnel bir hukuki statüye sahiptir. Bu statülerine dayanarak ve hiçbir anlaşma veya sözleşme yapmadan eşitlik ilkesi gereği *“kamu hizmetlerinden yararlananlar statüsüne”* girebilirler.⁴⁸² Bu açıdan Anayasa'nın 10'uncu maddesinde söz konusu değişiklik gerçekleşirse dahi kamu hizmetlerinden yararlanmada, kanun önünde eşitlik ilkesi geçerli bir ilke olacaktır.

Yine 2008 yılında yapılan değişiklikte eğitim ve öğrenim hakkının düzenlendiği Anayasa'nın 42'inci maddesinin altıncı fıkrasından sonra gelmek üzere *“Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir.”* hükmü eklenmiştir. Anayasa'ya eklenen bu fıkra, ikinci fıkrada yer alan *“Öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir.”* hükmünün, öğrenim hakkının alt bir dalı olan yükseköğrenim hakkı için öngörülmüş özel bir düzenlemesi niteliğindedir. Anayasa'ya eklenen bu hükümle

⁴⁸⁰ Erdoğan, 1999, s. 92. Anayasa Mahkemesi'nin de bir kararında belirtmiş olduğu gibi insanlar arasında bu tür ayrımlar yapabilmek için haklı nedenler bulunması ve böyle bir ayırım yapılmasının kamu yararına uygun olması gerekir. E. 1990/5, K. 1990/28. (Aktaran) Kaboğlu, 2005, s. 322.

⁴⁸¹ Erdoğan, 1999, s. 92-93.

⁴⁸² Günday, s. 293.

de yükseköğrenim hakkının kullanımının sınırları ancak kanunla belirlenebilecek ve kanunda açıkça yer almayan bir sebeple, bir kişinin yükseköğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemeyecekti.⁴⁸³ Bu şekilde yargı ve yürütme organları ile idari kurumlar yasada açıkça yer almayan bir sebeple bir kimsenin yükseköğrenim hakkını kullanmasına engel olacak bir karar alamayacaklar ve örneğin yorum yoluyla bireylerin yükseköğrenim hakkını kullanmalarına engel olamayacaklardı.

Anayasa'nın 10'uncu ve 42'nci maddelerinde yapılan değişikliğin yükseköğretim kurumlarındaki başörtüsü (türban) sorununun çözülmesi amacıyla gerçekleştirildiği söylenebilir. Anayasa'da yapılan bu değişiklikle başörtüsü takan öğrencilerin yükseköğrenim hakkından yararlanabilmesi amaçlanmıştı. Buna göre herkes (başörtüsü takanlar da) kamu hizmetlerinden yararlanmada eşitlik ilkesi gereğince (AY m. 10) ve kanunda olmayan bir sebepten dolayı yükseköğrenim hakkından mahrum edilemeyecek (AY m. 42) ve yüksek öğrenim hakkını kullanabilecekti. Bunun için Anayasa Mahkemesi'nin kamu kurumlarında başörtüsü takılmasını yasakladığı E. 1989/1, K. 1989/12 sayılı kararı, 5735 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliğiyle aşılacak istendi. Anayasa Mahkemesi aşılacak istenen bu kararında, yükseköğretim kurumlarının dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında, dinî inanç sebebiyle boyun ve saçların baş örtüsü ile kapatılması serbestisini öngören Kanunu Anayasa'nın başlangıç bölümüne, 2'nci maddesine, 10'uncu maddesine, 24'üncü maddesine ve 174'üncü maddesine aykırı bulunarak iptal edilmişti.⁴⁸⁴

Anayasa Mahkemesi, başörtüsünün yükseköğretim kurumlarında takılmayacağı kararını etkisiz hale getirmeye yönelik olan 9 Şubat 2008 tarih ve 5735 sayılı Anayasa'da değişiklik öngören Kanunu da iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre TBMM'nin kullandığı Anayasa'yı değiştirme yetkisinin (AY m. 175) hukuki geçerlilik kazanabilmesi için, Anayasa'nın 4'üncü maddesinde teklif edilemez olarak belirlenen hükümlere ilişkin olmaması ve bundan başka teklif ve oylama çoğunluğuna uyularak ve ivedi görüşme yasağı (AY m. 148/2) ihlal edilmeden kullanılmış olması gerekir. Bu bağlamda Anayasa'nın ilk üç maddesine aykırı bir değişiklik teklifi şeklen, 148'inci maddenin ikinci fıkrasında öngörülen koşulları yerine getirirse bile hukuken geçersizdir. 148/2'deki şekli koşulların yasama organı tarafından yerine getirilmesi ise, hukuken geçersiz bir işleme geçerlilik kazandırmaz. Zira kurulu iktidar olan yasama organının işlem ve eylemlerinin geçerliliği, asli kurucu iktidarın öngördüğü anayasal sınırlar içinde kalması koşuluna bağlıdır. (Anayasa Mahkemesi'nin E.

⁴⁸³ Ayrıca 1982 Anayasası'nda temel hak ve özgürlüklerden mahrumiyet gibi bir yaptırımın bulunmadığı; buna karşın Anayasa'nın 42'nci maddesindeki "*mahrum edilemez*" ibaresinin kanunda açıkça yazılı olması halinde yüksek öğrenim özgürlüğünden yoksun kılmanın yolunu açabileceği söylenmiştir. Kaboğlu, 2010, s. 150-151.

⁴⁸⁴ <http://www.belgenet.com/yasa/iptal/k3511-1.html>. 12. 03. 2011.

2008/16, K. 2008/116, t. 05. 06. 2008).⁴⁸⁵ Anayasa Mahkemesi, böylece değiştirilemez maddelerin değiştirilmesinin teklif edilmesini şekil denetiminin kapsamına almış; bu denetimi yapmak için “geçerli teklif” ölçütüne başvurmuştur.

Yine Anayasa Mahkemesi’ne göre, Anayasa’nın ilk üç maddesinde değişiklik öngören veya Anayasa’nın başka maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak aynı sonucu doğuran herhangi bir yasama işleminin de hukuksal geçerlilik kazanması mümkün olmayacaktır. Bu tür tekliflerin yine Anayasa’nın 148’inci maddesinin ikinci fıkrasındaki koşulları taşıması da, söz konusu işlemlerin geçersizliğine engel oluşturmayacaktır. Anayasa değişikliklerinin içerik yönünden denetimi ise değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez ilkelerin doğrudan ya da dolaylı olarak ortadan kaldırılıp kaldırılmadığı veya içeriklerinin boşaltılarak anlamsız hâle getirilip getirilmediğine yönelik ve bununla sınırlı bir denetimdir.⁴⁸⁶ Yine Anayasa Mahkemesi bu değişikliklerin içerik açısından ise, eşitlik ilkesine aykırı olacağı ve başkalarının haklarını ihlal edeceği, kamu düzenini bozacağı ve dini siyasete alet ettiği için de laiklik ilkesine açıkça aykırı olacağı görüşündedir.⁴⁸⁷ Anayasa Mahkemesi bu düşüncelerle 09. 02. 2008 tarih ve 5735 sayılı Anayasa’nın 10’uncu ve 42’nci maddelerinde değişiklik yapan Kanunu Anayasa’nın değiştirilemeyeceği öngörülen maddelere aykırı görerek ve Anayasa’nın 2’nci, 4’üncü ve 148’inci maddelerini gözeterek iptaline karar vermiştir (Anayasa Mahkemesi’nin E. 2008/16, K. 2008/116, t. 5.6.2008).

Anayasa Mahkemesi’nin yükseköğretim kurumlarına başörtüsüyle girmenin önünü açan kanunun iptaline ilişkin bu kararına yönelik birçok eleştiri olmuştur. Anayasa Mahkemesi’nin bu karara karşı olan Anayasa Mahkemesi başkanı Haşim Kılıç’ın görüşleri özetle şöyledir: Anayasa’nın anayasayı değiştirme yetkilerinin sınırları çok açıktır. Bunlar ilk üç maddenin değiştirilmezliği ile değişikliğin 175’inci maddede belirtilen usullere uygun olarak yapılması gerekleridir. Dolayısıyla TBMM’nin Anayasa’nın ilk üç maddesi hariç her maddesinde değişiklik yapma olanağı vardır. Kurucu iktidar yetkisini daraltacak olan ise ancak ve ancak yine kurucu iktidardır. Anayasa Mahkemesi’nin kurucu iktidarın sınırlarının dışına çıkması durumunda ise kurucu iktidarın yerine geçeceği açıktır.⁴⁸⁸ Yine Kılıç Anayasal değerleri koruma adına, Anayasa değişikliklerinin esastan denetlenmesinin erkler arası dengenin bozulmasına yol açacağını ve bir vesayetin doğacağı görüşündedir.⁴⁸⁹ Anayasa Mahkemesi

⁴⁸⁵ www.memurlar.net/haber/122486/. 14. 03. 2011.

⁴⁸⁶ www.memurlar.net/haber/122486/. 14. 03. 2011.

⁴⁸⁷ Kaboğlu, 2010, s. 163.

⁴⁸⁸ Kaboğlu, 2010, s. 165.

⁴⁸⁹ Kaboğlu, 2010, s. 166.

başkanı Haşim Kılıç'ın bu sözlerinden Anayasa Mahkemesi'nin bu kararının, hukuk devletinin bir gereği olan kuvvetler ayrılığı ihlali niteliğinde olduğu sonucu çıkmaktadır.

Buna karşılık, diğer bir görüş ise Anayasa'nın değiştirilmesi teklif edilemeyen hükümlerine (AY m. 4) aykırı bir kararın, Meclis tarafından hangi çoğunlukla alınırsa alınsın ya da halkoylaması ile hangi oranla kabul edilirse edilsin yok hükmünde olduğu ve Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı iptal etmesi gerektiği şeklindedir.⁴⁹⁰ Bu görüş doğrultusunda Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'nın değiştirilmesi mümkün olmayan maddelerini doğrudan ya da dolaylı olarak değiştiren bir kararı iptal etmesi Anayasa'da açıkça belirtilmese bile Mahkeme'nin görevleri arasında sayılacaktır. Doğal olarak bu görüş ışığında Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa değişikliklerini şekli açıdan denetleme yetkisini genişletmesi bir kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti ihlali niteliği taşımayacaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın değiştirilemez maddelerine aykırı Anayasa değişikliklerini denetlemesi konusunda daha farklı bir görüş ise şu şekildedir: Anayasa'nın değiştirilmesi teklif edilemez maddelerine (AY m. 4) ilişkin olarak getirilen Anayasa değişiklikleri Anayasa Mahkemesi'nin şekli denetiminin kapsamı içerisine girer. Dolayısıyla bu maddelerle (AY m. 1, 2, 3) ilgili getirilen Anayasa değişiklikleri Anayasa Mahkemesi'nin şekli denetiminin kapsamı içerisindedir. Yasama organı bu şekilde değiştirilemez maddelerin değiştirilmesini öngören bir Anayasa değişikliği teklifi sunarak milli iradenin kendisine vermiş olduğu yetkiyi aşmış olmaktadır ve bu yetki aşımı Anayasa Mahkemesi'nin şekli denetiminin kapsamındadır. Buna karşılık, bu üç maddenin dışındaki bir hükümde yapılan anayasa değişikliği, kanuna karşı hile iddiasıyla dahi olsa, bu değişikliğin Anayasa'nın ilk üç maddesinde sayılan niteliklerini dolaylı olarak değiştirilmesi sonucunu doğurduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi tarafından esastan incelenemez. Anayasa'nın açık hükmü böyle bir incelemeyi mümkün kılmaz. Aksi bir yorumla Anayasa Mahkemesi'nin böyle bir yetkisinin olduğunu kabul etmek, yasama yetkisini gasp etmek anlamına gelir.⁴⁹¹ Bu görüş doğrultusunda ise Anayasa Mahkemesi'nin 2008 yılında vermiş olduğu kararında, Anayasa'nın başka maddelerinde yapılan değişiklikleri, yorum yoluyla ilk üç maddesine aykırı olduğu sonucuna vardığı için yetkisini aşmış ve kuvvetler ayrılığı ilkesini ihlal etmişti. Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın değiştirilmesi teklif dahi edilemeyen maddelerine ilişkin olan Anayasa değişikliklerini denetleme yetkisi olup olmadığına ilişkin görüşler çerçevesinde, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa değişikliklerini iptal etmesinin

⁴⁹⁰ www.turkhukukkurumu.org.tr/Siteyazi/20100330AnayasaMd4.pdf. 14. 03. 2011.

⁴⁹¹ http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1222.htm. 14. 03. 2011.

kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti ihlali olup olmadığına ilişkin farklı görüşler ileri sürülebilecektir.

Ancak Anayasa Mahkemesi 5735 sayılı Anayasa’da değişiklik yapan kanunu iptal etmesinin gerekçesini Anayasa Komisyonu ile Genel Kurul konuşmalarına ve madde gerekçelerine dayandırmıştır. Anayasa Mahkemesi bu gibi malzemelerden hareketle yaptığı yorumda söz konusu düzenlemelerin amacının yükseköğretim kurumlarında dini kıyafetlerle öğrenim görebilmek olduğu sonucunu çıkarmaktadır. Bu sonuca dayanarak Anayasa değişikliği öngören kanunu, Anayasa’nın değiştirilmesi teklif dahi edilemeyecek maddelerine (AY m. 4) aykırı bularak iptal etmiştir.⁴⁹² Anayasa Mahkemesi bu davayı görürken tarihsel yorum metodunu uygulamıştır. Tarihsel yorum metodunda kanunun kabulü ile ilgili malzemeye yani kanun tasarısına, komisyon çalışmalarına, gerekçeye ve parlamento çalışmalarına ağırlık verilir. Ancak bu malzemeler çok değerli ipuçları verse de, bunların kanunun yorumlanmasında kesin ve mutlak bir etkisinin olması kabul edilemez. Çünkü kanun bir defa kabul edildikten ve yayımlandıktan sonra kendi geçmişinden kopmakta, kendisini meydana getiren organdan bağımsız bir varlık niteliğini kazanmaktadır.⁴⁹³ Kanun bir kere hukuk alanında doğduktan sonra, yasama organının bu kanunu hangi amaçla yasalaştırmış olduğunun fazla bir önemi kalmamaktadır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi maddenin nesnel içeriğini bu denetimde esas tutmalıydı. Mahkeme özellikle lafzi yorum metodunu uygulayarak kanun metninin sözünü, kelimelerin ve cümlelerin gerçek anlamını açıklayarak⁴⁹⁴ bir sonuca ulaşması gerekirdi.

Anayasa’nın 10’uncu ve 42’nci maddelerinde yapılması amaçlanan değişiklikler objektif olarak incelendiğinde, bu değişikliklerin yüksek öğretim kurumlarında başörtüsüne serbesti tanıyan bir içeriğinin olmadığı da görülecektir. Anayasa Mahkemesi’nin bu kararında tarihsel yorum metodunu kullanarak kanun tasarısı, meclis konuşmaları, komisyon çalışmaları gibi malzemelere dayandırarak kararını vermesi, hukuka aykırı bir karar vermesine neden olmuştur. İptal edilen bu kanunla yapılan değişiklikler içerik olarak kamu hizmetlerinden yararlanmada eşitlik ilkesini ve yüksek öğrenim hakkının kanunla düzenleneceğini belirtmektedir ki, bu hususlar Anayasa’da zaten mevcut olan eşitlik ve eğitim özgürlüğünün vurgulanmasından ibarettir.⁴⁹⁵ Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa değişikliklerini esastan denetleme yetkisi olduğu kabul edilse bile, Anayasa’nın 10’uncu ve 42’nci maddelerinde yapılan değişikliklerin, Anayasa’nın değiştirilemez ilkelerine (AY m. 4) aykırı

⁴⁹² www.memurlar.net/haber/122486/. 14. 03. 2011.

⁴⁹³ Güriz, s. 60.

⁴⁹⁴ Güriz, s. 59.

⁴⁹⁵ Kaboğlu, 2010, s. 168.

olduğu sonucu çıkarılamaz. Anayasa Mahkemesi bu kararında tarihsel yorum metodunu kullanarak, değişiklik metninde objektif olarak yer almayan hükümlerden dolayı 5735 sayılı Anayasa’da değişiklik yapan kanunu iptal etmiştir.

2.2.2.7. 2010 Değişiklikleri: İnsan Hakları, Yargı Bağımsızlığı ve Anayasa Mahkemesi

1982 Anayasası’nın bazı maddelerinde 7 Mayıs 2010 tarih ve 5982 sayılı Kanunla⁴⁹⁶ değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerden ilki Anayasa’nın kanun önünde eşitlik ilkesini düzenleyen 10’uncu maddesinde olmuştur. Bu maddenin ikinci fıkrasının sonuna “*Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz*” cümlesi eklenmiştir. Yine 10’uncu maddeye üçüncü fıkra olarak “*Çocuklar, yaşlılar, özürllüleri, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz*” fıkrası eklenmiştir (5982 sk. m. 1). Anayasa’nın 10’uncu maddesinde 2010 yılında yapılan değişiklikle, maddeye giren sosyal gruplar için hukuki eşitliğin ötesinde, devlet tarafından alınacak olumlu edimlerle uygulanabilir bir eşitliği hayata geçirmek mümkün hale gelebilecektir. Böylelikle eşitlik ilkesini harekete geçiren ve pozitif ayrımcılık olarak adlandırılan yaşlı, çocuk, gazi, dul ve yetim gibi sosyal olarak korunmaya muhtaç kesimlerin daha etkin korunması mümkün olabilecektir.⁴⁹⁷ Hukuk devletinin gereği olan kanun önünde eşitlik ilkesini, toplumsal yaşama aktarmada faydalı olabilecek olan bu değişiklik, hukuk devletini ileri taşıyabilecek bir değişiklik olarak görülebilir.

Ancak Anayasa’nın 10’uncu maddesinde 2010 yılında yapılan değişiklikler olmadan da pozitif ayrımcılık yaratan kurallar yoluyla eşitliği sağlayıcı hükümler getirilmesine, Anayasa hükümlerinin engel oluşturmadığı ve Anayasa’nın bu konularda yeterli güvence oluşturduğu ifade edilmiştir. Yine Anayasa Mahkemesi’nin yerleşik içtihatlarının da bu tür uygulamalar yapılmasına engel olmadığı ifade edilmiştir. Ayrıca Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin, temel hak ve özgürlüklerle ilgili hükümlerinin de pozitif ayrımcılık konusunda düzenlemeler içermesi ve bu sözleşmelerin kanunlarla çatışması durumunda sözleşme hükümlerinin uygulanması gereği nedeniyle (AY m. 90/son), Anayasa’nın 10’uncu maddesinde yapılan değişikliğin hukukumuza yeni bir hüküm katmamış olduğu

⁴⁹⁶ Resmî Gazete, 13 Mayıs 2010, Sayı ve 27580.

⁴⁹⁷ www.anayasa.gen.tr/derdiman-5982.htm. 14. 03. 2011.

savunulmuştur. Anayasa'nın 61'inci maddesinin de maddeye eklenen üçüncü fıkrayla büyük oranda aynı anlamı taşıması, Anayasa'nın 10'uncu maddesinde yapılan bu değişikliğin eşitlik açısından önemli bir yenilik doğurmayacağı şeklinde yorumlanmıştır.⁴⁹⁸ Anayasa'nın 10'uncu maddesinden yapılan bu değişiklikte, özel olarak korunacak kesimlerin sınırlı sayıda belirtilmiş olması ve pozitif ayrımcılığın açıkça belirtilmemiş olmasının ayrı bir eksiklik olarak dile getirilmiştir.⁴⁹⁹

2010 yılında Anayasa'da yapılan bir diğer değişiklik, özel hayatın gizliliğini düzenleyen 20'nci maddede gerçekleşmiştir. Bu değişikliklerle 20'nci maddeye şu fıkra eklenmiştir: *“Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.”* (5982 sk. m. 2).

Kişisel veriler bireyin şahsi, mesleki ve ailevi özelliklerini gösteren, o bireyi diğer bireylerden ayıran ve bireyin niteliklerini ortaya koymaya elverişli her türlü bilgi olarak tanımlanabilir.⁵⁰⁰ Bir devletin kamu güvenliği ve huzuru, suçların önlenmesi ve özellikle iyi bir kamu yönetimi için kişilerle ilgili ayrıntılı bilgiye ihtiyaç duyması mümkündür. Bu bilgiler sadece devlet için değil diğer kamu ya da özel kurum ve kuruluşlar için de gerekli olabilir. Ancak keyfilik riskinin fazla olduğu bu alanda, bu yetkinin aşırı serbest ve sınırlamasız kullanılması, en temel insan haklarından sayılan kişilerin özel yaşamına saygı hakkını ciddi ölçüde zedeleyebilecektir.⁵⁰¹ Bu nedenle TCK'nın 135'inci maddesi kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesini yasaklayan ve cezai yaptırımlar öngören bir madde olarak düzenlenmiştir. Ayrıca kişisel veriler bu konuda açık bir hüküm olmasa bile hukuk devleti gereği doğal olarak korunmalıdır. Ancak kişisel verilerin özellikle hızlı bilimsel ve teknolojik gelişmeler karşısında etkin biçimde korunması her zaman mümkün olmamaktadır. Bu nedenle 2010 yılında Anayasa'ya giren kişisel verilerle ilgili düzenlemeyle, kişilere ilişkin bilgi ve verilerin her kamu kurum ve kuruluşunca –ve özel kuruluşlarca- kendi keyiflerince araştırılması ve depolanmasının önüne geçilerek kişi hürriyeti ve güvenliği açısından önemli bir koruma alanı yaratılabilecektir.⁵⁰²

⁴⁹⁸ <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=3783>. 12. 02. 2011.

⁴⁹⁹ Kaboğlu, 2010, s. 257.

⁵⁰⁰ Özbek, 2008, s. 948.

⁵⁰¹ Özbek, 2008, s. 947.

⁵⁰² www.anayasa.gen.tr/derdiman-5982.htm. 14. 03. 2011.

Özel yaşama saygı hakkından başka, düşünce ve ifade hürriyeti, aile hayatının ve haberleşmenin gizliliği gibi haklarla da yakından ilgili olan kişisel veriler hakkındaki özel düzenlemelerin belli özellikleri de olması gerekir. Bu özel düzenlemelerde kişisel veri sahibinin kişiliğine saygı gösterilmeli, kişisel veriler kanunla sınırlı belli amaçlarla toplanmalı ve bu amaçlar dışında kullanılmamalı, bu konuda amaca elverişli, yeterli bilgiler toplanmalıdır. Bilgiler doğru ve güncelleştirilmiş olmalı ve öngörüldüğü amaca hizmet edecek süre boyunca saklanmalıdır. Kişilerin ırkı, siyasi düşüncesi, dini ve diğer inançları, sağlığı veya cinsel hayatına ilişkin veriler iç hukukta özel güvencelere bağlı olarak toplanmalıdır. İlgili her kişi, verileri saklayanın kimliğinden, böyle bir veri saklaması yapıldığından ve amacından bilgi sahibi olmalıdır. Belli aralıklarla kendisi ile ilgili kişisel verilere ilişkin gelişmelerden haberdar edilmelidir. Yine kişiler kendileriyle ilgili, hukuka aykırı olarak işleme tutulan verilerin düzeltilmesi veya silinmesini sağlayabilmeli ve ayrıca bu konuda başvuru hakkına sahip olmalıdır.⁵⁰³

Ancak Anayasa'nın 20'nci maddesinde yapılan değişiklikle kişisel verilerle ilgili olarak getirilen düzenlemenin amacını gerçekleştirmede uygun olmadığı yönünde görüşler de ileri sürülmüştür. Kişisel verilerle ilgili düzenlenmede bunların kişinin rızasına bağlı olarak işlenebilmesinin maddenin güvence olma özelliğinin zayıflamasına neden olabileceği söylenmiştir. Özellikle toplumsal yaşamda güçlü konumda olanlar bu şekilde daha zayıf durumda olanlara karşı kişisel verilerin hak ve özgürlüklere aykırı olarak işlenmesini empoze edebilecektir. Yine “hiçbir neden öngörülmezsizin yasada belirtilen her durumda” şeklindeki ibare ile de somut bir ölçüt ve güvence gözetilmeden, kişisel verilerin temel hak ve özgürlüklere aykırı olarak işlenmesinin önünü açacaktır.⁵⁰⁴ Bu nedenle kişisel verilerle ilgili çıkarılacak kanunların yukarıda belirtilen kişisel veriler hakkındaki özel düzenlemelerin nitelikleri dikkate alınarak düzenlenmesi büyük önem taşımaktadır. Buna karşılık Anayasa'da ki düzenlemelerden kişilerin kendileriyle ilgili verilerin gizli tutulmasını istemesi, bunlar hakkında bilgilendirilmesi, kişisel verilerine erişmesi, bunların düzeltilmesi veya silinmesini talep etmesi ve kişisel verilerin amaçlarına uygun olarak kullanılıp kullanılmadığını öğrenebilmesi somut güvence ve kazanımlar olarak değerlendirilebilir.

2010 yılında yapılan değişikliklerle Anayasa'nın 23'üncü maddesinin beşinci fıkrası şu şekilde değiştirilmiştir: “*Vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyeti, ancak suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle hâkim kararına bağlı olarak sınırlandırılabilir.*” (5982 sk. m. 3). Anayasa'da yapılan bu değişiklikle vatandaşların yurt dışına çıkma özgürlüğünün özel bir

⁵⁰³ <http://www.idare.gen.tr/akillioglu-idariusul.htm>. 05. 03. 2011

⁵⁰⁴ <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=3783>. 20. 02. 2011.

sınırlama nedeni olan “vatandaşlık ödevi” madde metninden çıkartılmıştır. Anayasa’da yapılan bu değişiklikle vatandaşlık ödevinin (askerlik ve vergi ödevleri) yerine getirilmemesinden dolayı artık, idareye yurt dışına çıkma yasağı koyma yetkisi veren bir kanun çıkarılamayacak ve idareye böyle bir yetkiyi veren mevcut kanunlar da Anayasa’ya aykırı hale gelmiş olacaktır.⁵⁰⁵ Neticede idari kararlar ile vatandaşların yurt dışına çıkma hürriyetinin artık engellenemeyecek olması, temel hak ve özgürlüklerin koruma altında olması gereğine daha uygun bir düzenleme olmuştur.

2010 yılında yapılan değişikliklerle 1982 Anayasası’nın “ailenin korunması” başlıklı, 41’inci maddesinin kenar başlığı “Ailenin korunması ve çocuk hakları” şeklinde değiştirilmiştir. Yine 41’inci maddeye aşağıdaki fıkralar eklenmiştir. “Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. (üçüncü fıkra) Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.”(dördüncü fıkra) (5982 sk. m. 4). Anayasa’nın ailenin korunmasını öngören 41’inci maddesi, değişiklikler yapılmadan önce devlete aile ve ailenin her bir üyesinin çıkarlarını korumak ve bu amaçla bazı olumlu edimlerde bulunma ödevlerini (örneğin sağlık merkezleri kurma, kadın sığınma evleri, çocuk kreşleri açma gibi) yüklemekteydi. Ayrıca yine bu maddeye göre devlet kişilerin aile hayatına saygı gösterecek ve üçüncü kişilere karşı aile hayatının korunmasını sağlamak devletin görevleri arasında olacaktır.⁵⁰⁶ Ailenin bir üyesi olarak çocuklar da -Anayasa’da 2010 değişikliği yapılmadan önce- Anayasa’nın 41’inci maddesi kapsamında korunacak ve devletin gerekli önlemleri alma yükümlülüğü olacaktı. Bu açıdan maddeye 2010 Anayasa değişiklikleri ile eklenen hükümlerin çocuk haklarının korunması konusunda önemli yenilikler getirdiğini söylemek güçtür.

Ayrıca Anayasa’nın 2010 yılında değiştirilmeden önceki 41’inci maddesi kapsamında korunan çocukların aile ortamında bulunan çocuklar olduğu; buna karşılık ailelerinin yanında olmayan çocuklar –örneğin sokak çocukları- için 41’inci maddeye eklenen fıkranın özel bir koruma sağlayabileceği düşünülebilir. Ancak Anayasa’nın 61’inci maddesi korumaya muhtaç çocukları özel olarak koruduğu için (AY m. 61/4) 41’inci maddede yapılan değişikliğin bu anlamda, devlete yeni bir takım olumlu edimler yüklediğini söylemek güçtür. Yine kanunlara göre uygulanma önceliğine sahip olan (AY m. 90/son) Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi de çocukları koruma görevlerini devlete ödev olarak yüklediği için bu değişikliğin

⁵⁰⁵ www.anayasa.gen.tr/derdiman-5982.htm. 14. 03. 2011.

⁵⁰⁶ Algan, s. 272-273.

hukukumuzda önemli bir açılım yapmadığı ifade edilmiştir.⁵⁰⁷ Diğer bir eleştiri konusu ise Anayasa'nın yeni düzenlemesinin çocuk haklarını ayrı bir hak olarak değil, ailenin korunması bağlamında ele almış olmasıdır. Ayrıca Anayasa'nın 90'ıncı maddesi uluslararası belgeleri örtülü bir şekilde Anayasa'nın altında bir değerde gördüğü için çocuk hakları konusundaki Anayasal düzenlemenin, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerdeki çocuk haklarına ilişkin hükümleri geri götürebileceği de söylenmiştir.⁵⁰⁸

1982 Anayasası'nda 2010 yılında yapılan değişikliklerle, Anayasa'nın sendika kurma hakkını düzenleyen 51'inci maddesinin dördüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlükten kaldırılan fıkra şu şekildedir: “*İşçiler ve işverenler aynı zamanda birden fazla sendikaya üye olamazlar.*” (5982 sk. m. 5). Anayasa'nın 51'inci maddesinde yapılan değişiklikle, aynı anda birden fazla sendikaya üye olmanın önündeki anayasal engel kaldırılmıştır. Buna karşılık Sendikalar Kanununun 22'nci maddesinde aynı iş kolları için söz konusu yasak devam etmektedir. Farklı iş kollarında ise aynı anda birden fazla sendikaya üye olmak mümkündür.⁵⁰⁹ Dolayısıyla Sendikalar Kanunu'nun 22'nci maddesinin Anayasa'da yapılan değişiklikle uyumlu olarak değiştirilmesi gerekmektedir. Böylece hem hukuk devletinin gereği olarak kanunların Anayasa'ya uygunluğu⁵¹⁰ sağlanmış olacak; hem de sendikalara üye olabilme hakkının sınırları genişlemiş olacaktır. Anayasa'nın 51'inci maddesinde yapılan bu değişikliğe ilişkin olarak, sendikaların çağdaş ve demokratik bir toplumda var olan iktidarı etkileme görevlerini zorlaştıracığı ve sendikaları birer baskı grubundan çok, dernek statüsüne indireceğine yönelik eleştiriler de söz konusu olmuştur.⁵¹¹

1982 Anayasası'nda 5982 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle “*toplu iş sözleşmesi*” kenar başlıklı 53'üncü maddenin kenar başlığı “*Toplu iş sözleşmesi ve toplu sözleşme hakkı*” olarak değiştirilmiştir. Yine 53'üncü maddenin üçüncü ve dördüncü fıkraları yürürlükten kaldırılmıştır (5982 sk. m. 6). Anayasa'nın 53'üncü maddesinin üçüncü fıkrası memurlar ve diğer kamu görevlilerinin sendikalar ve üst kuruluşlar kurabilmelerini, bu sendikaların toplu görüşme yapabilme ve üyeleri adına yargı mercilerine başvurabilme haklarını düzenliyordu. Dördüncü fıkra ise aynı iş yerinde aynı dönem içinde birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamayacağını ve uygulanamayacağını düzenliyordu. Anayasa'nın 53/3 fıkrasından çıkarılan memurlar ve diğer kamu görevlilerinin sendika ve üst kuruluşlar kurmasına ilişkin hüküm hukuk devleti açısından bir eksiklik arz etmemektedir. Zira kamu görevlileri ve

⁵⁰⁷ <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=3783>. 12. 03. 2011.

⁵⁰⁸ Kaboğlu, 2010, s. 156-157.

⁵⁰⁹ Günay, s. 439-440.

⁵¹⁰ Kaboğlu, 2005, s. 336

⁵¹¹ <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=3783>. 20. 02. 2011.

memurlar hakkında bu hak Anayasa'nın 51/1 fıkrasında 2001 yılında ve 4709 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle tanınmıştı. Yine Anayasa'nın 53'üncü maddesinde yapılan değişiklikle toplu görüşme hakkının memurlar ve kamu görevlilerinin kullanabileceği bir hak olmaktan çıkartılması da hukuk devleti açısından bir eksiklik teşkil etmemektedir. Bu kesimler için toplu sözleşme hakkı toplu görüşme hakkı yerine 2010 değişiklikleriyle 53'üncü maddeye girmiştir.⁵¹²

Buna karşılık, kamu görevlilerinin kurmuş olduğu sendikaların, üyeleri adına dava açabileceği hükmünün Anayasa'dan çıkartılması hukuk devleti için sakıncalı durumlar yaratabilir. Üyelerinin ortak çıkarlarını gerçekleştirmek için birer kitle baskı grubu niteliğinde olan sendikaların⁵¹³, görevlerini yerine getirebilmeleri için üyeleri adına hak arama özgürlüğünün bir parçası olan dava yolunu kullanabilmeleri bir gerekliliktir. Dolayısıyla Anayasa'nın 53'üncü maddesinden, memurların ve kamu görevlilerinin kurduğu sendikaların üyeleri adına dava açabilmelerini öngören hükmün çıkartılması hukuk devleti açısından bir geri gidiştir. Her ne kadar Sendikalar Kanunu'nda, sendikaların üyeleri adına dava açabileceği (m. 32) belirtilmiş olsa da⁵¹⁴ artık, yasama organının Sendikalar Kanunu'nun bu maddesini değiştirmesinin önünde Anayasal bir engel bulunmamaktadır. Yine Anayasa'nın 53'üncü maddesinden aynı işyerinde aynı dönem için birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılmayacağı hükmünün (dördüncü fıkra) çıkartılması toplu iş sözleşmesi özgürlüğündeki Anayasal bir kısıtlamanın kaldırılması anlamına gelmektedir. Ancak 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 3'üncü maddesine göre, bir işyerinde aynı dönem için birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamaz ve uygulanamaz şeklindeki hüküm mevcudiyetini devam ettirmektedir. Bu kanunun da Anayasa ile uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir.

2010 yılında yapılan değişikliklerle Anayasanın 53'üncü maddesine ayrıca aşağıdaki fıkralar eklenmiştir. *“Memurlar ve diğer kamu görevlileri, toplu sözleşme yapma hakkına sahiptirler. (üçüncü fıkra) Toplu sözleşme yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde taraflar Kamu Görevlileri Hakem Kuruluna başvurabilir. Kamu Görevlileri Hakem Kurulu kararları kesindir ve toplu sözleşme hükmündedir. (dördüncü fıkra) Toplu sözleşme hakkının kapsamı, istisnaları, toplu sözleşmeden yararlanacaklar, toplu sözleşmenin yapılma şekli, usulü ve yürürlüğü, toplu sözleşme hükümlerinin emeklilere yansıtılması, Kamu Görevlileri*

⁵¹² Ancak toplu sözleşme hakkının düzenlenme tarzının AİHM'nin Türkiye hakkında verdiği kararlara aykırı olduğu, bu tarz bir düzenlemenin eksiklik teşkil ettiği söylenmiştir. Kaboğlu, 2010, s. 254.

⁵¹³ Aksoy, s. 44.

⁵¹⁴ Ayrıca Danıştay da *“sendika üyelerinin tümünü ilgilendiren”* ve hakkında özel kanuni düzenlemelerin yer almadığı bazı konularda sendikaların dava açma yeteneğini kabul etmekte ve bunların üyeleri adına açtığı davaları görmektedir. Gözübüyük, 2007, s.183.

Hakem Kurulunun teşkili, çalışma usul ve esasları ile diğer hususlar kanunla düzenlenir.”
(dördüncü fıkra)

Anayasa'nın 53'üncü maddesine 2010 yılında eklenen üçüncü fıkra ile toplu sözleşme hakkı, toplu görüşme hakkı yerine memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yararlanabileceği bir hak olarak Anayasa'ya girmiştir. Toplu görüşme hakkının toplu sözleşme hakkının yerine Anayasa'da kabul edilen bir hak olması, hukuk devleti açısından olumlu olarak değerlendirilebilir. Ancak yeni getirilen düzenlemede grev hakkının yer almaması bir eksikliktir.⁵¹⁵ Günümüzde toplu sözleşme ve grev hakları olmaksızın sendikaların etkin bir faaliyet göstermeyecekleri ifade edilmiştir.⁵¹⁶ Sendikal hakların etkin biçimde kullanılmasını sağlayan grev hakkı, toplu sözleşmenin bir hak olarak tanındığı sözleşmeli rejimde, görüşme sürecinde memurların istemleri yönünde sözleşme süreçlerinin devam etmesine yardımcı olan ve memurların pazarlık gücünü arttıran bir haktır. Grev hakkı ayrıca mesleki sorunlara kamuoyu ve diğer ilgili kesimlerin dikkatini çekmeye yarayan bir uyarı aracıdır. Toplu sözleşmesiz rejimlerde ise grev hakkı, mesleki hakların sağlanması konusunda memurların elinde zorlayıcı bir silahtır. Nihayet grev memurların siyasal düşüncelerle, siyasal isteklerini dile getirdiği bir eylem biçimidir.⁵¹⁷ Her ne kadar, yasama organının grev hakkını kamu görevlileri ve memurlar için yasa ile düzenlemesine bir engel olmasa da, grev hakkının kamu görevlileri için Anayasa'da düzenlenmemesi bu hak için güvencesiz bir hukuki statü yaratıldığını göstermektedir.⁵¹⁸ Anayasa'nın 53'üncü maddesinde yapılan diğer bir değişiklikle maddeye eklenen, toplu sözleşme hükümlerinin emeklilere yansıtılmasının kanun konusu yapılacağı hükmü ise emeklilerin ekonomik ve sosyal haklarının ilerlemesine yardımcı olabilecek bir düzenleme olarak değerlendirilebilir.

Yine Anayasa'nın değişik 53'üncü maddesine göre toplu sözleşme sırasında ücret ve mali konularda uyuşmazlık çıkması durumunda, taraflar Kamu Görevlileri Hakem Kuruluna başvuracaktır. Bu Kurulun kararları kesin olup, toplu sözleşme hükmündedir. Dolayısıyla bu konuda memurların ve kamu görevlilerinin yargı yoluna başvurması gibi bir olanakları yoktur. Ayrıca toplu sözleşme ve Kamu Görevlileri Hakem Kuruluna ilişkin bütün hususlar hiçbir Anayasal ilke ve ölçüt gözetilmeden yasama organı tarafından düzenlenecektir.

⁵¹⁵ Grev hakkının kamu görevlilerinin kullanabileceği bir hak olarak tanınmasının ayrıca ülkemizin tarafı olduğu İLO sözleşmelerinin de gereği olduğu ifade edilmiştir. Kaboğlu, 2010, s. 212.

⁵¹⁶ Akartürk, s. 15.

⁵¹⁷ Akartürk, s. 19.

⁵¹⁸ Anayasa'nın “*Toplu sözleşme yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde taraflar Kamu Görevlileri Hakem Kuruluna başvurabilir*” hükmünün örtülü bir grev yasağı öngördüğü söylenmiştir. Kurul kararlarının kesin ve toplu sözleşme hükmünde olması, grev hakkını Anayasal olarak ortadan kaldırmaktadır. Ayrıca grev hakkının Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde tanınmış bir hak olması nedeniyle Anayasa'daki bu düzenlemenin aslında bir geri gidiş olduğu ifade edilmiştir. Kaboğlu, 2010, s. 255.

Böylece bu Kurul yasama organı tarafından istenildiği gibi şekillendirilerek toplu sözleşmenin kamu görevlileri ile memurların ekonomik ve sosyal haklarının korunmasında etkin bir araç olması engellenebilecektir. Bu nedenle ilgili Anayasa değişikliğinin sadece isim değişikliği olduğu, Kamu Görevlileri Hakem Kurulu'nun verdiği kararların eski düzenlemedeki Bakanlar Kurulu kararından farklı olmadığı ve bu temel hak ve özgürlüğün içeriğinde önemli bir değişiklik gerçekleşmediği ifade edilmiştir. Ayrıca Bakanlar Kurulu kararlarına karşı dava açılabilirken, Kamu Görevlileri Hakem Kurulu kararların kesin olmasının kamu görevlileri ve memurların sendikal hakları konusunda bir geri gidiş olduğu ileri sürülmüştür.⁵¹⁹

Ayrıca bireylerin oluşturduğu kapsamlı birimler olarak sendikalar baskı grupları olması nedeniyle çağdaş demokrasinin vazgeçilmez araçlarıdır. Sendikalar kendilerini yöneten kadroların seçim ve eylemlerini etkilemek için giriştikleri çabalar sonucu siyasal katılımı sağlamanın bir aracı olmuşlardır.⁵²⁰ Bu anlamda sendikalar toplumdaki çıkarların ifade edilmesi ve bunların birleştirilerek genel siyasal tercihler oluşturulmasına yardımcı olurlar. Siyasal partilerden farklı olarak sendikalar –ve baskı grupları- siyasi iktidarı ele geçirmek amacıyla değil, siyasi iktidarı doğrudan etkilemek amacı ile faaliyet gösterirler. Bu nedenlerle baskı grupları olan sendikalar bireyi devlete karşı korumak, toplumsal çıkarın yönünü tayin ederek kamu politikalarını oluşturmak, devletin devamını sağlamak ve demokrasinin işlemlerini gerçekleştirmek için vazgeçilmez örgütler olarak değerlendirilmektedir.⁵²¹ Demokrasinin vazgeçilmez unsuru olarak da görülen sendikaların en önemlilerinden biri olan kamu görevlileri sendikaları için grev hakkının Anayasa'da yer almaması ve toplu sözleşme hakkının da güvencesiz bir şekilde verilmesi demokratik ilkeler açısından da eksik bir düzenleme niteliğindedir.

5892 sayılı Kanunun yedinci maddesiyle Anayasa'nın grev ve lokavt hakkının düzenlendiği 54'üncü maddesinin üçüncü ve yedinci fıkraları yürürlükten kaldırılmıştır (5982 sk. m. 7). 54'üncü maddenin üçüncü fıkrası şu şekildeydi: "*Grev esnasında greve katılan işçilerin ve sendikanın kasıtlı veya kusurlu hareketleri sonucu, grev uygulanan işyerinde sebep oldukları maddi zarardan sendika sorumludur.*" Anayasa'nın 54'üncü maddesinde yapılan bu değişiklik sonucunda, yasalarla grev sırasında verilen zararlardan dolayı işçilerin

⁵¹⁹ <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=3783>. 25. 02. 2011. Buna karşılık bir idari kuruluşun ya da kurulun kararlarının kesin olduğunu söylemenin, bu kararlara karşı yargı yoluna başvurulamayacağı şeklinde anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür. İdari kararlara karşı yargı yolunun kapatılmasının ancak açık bir hükümlerle mevcut olabileceği ve kesin olarak nitelendirilen kararlara karşı yargı yolunun kapalı olacağı şeklindeki bir yorumun Anayasa'nın 125'inci maddesiyle çelişeceği ifade edilmiştir. Buna göre söz konusu kesinlik idari anlamda anlaşılmalıdır. www.anayasa.gen.tr/derdiman-5982.htm. 14. 03. 2011.

⁵²⁰ Aksoy, s. 32.

⁵²¹ Aksoy, s. 33-34.

sorumlu tutulabilmesi mümkün hale gelmektedir. İşçileri sorumlu tutacak böyle bir yasanın ise uygulamada, işçilerin grev yapmalarına engel olacağı ve grev hakkının kullanılmasını etkisizleştireceği ileri sürülmüştür.⁵²²

5892 sayılı Kanunla 54'üncü maddede yapılan bir diğer değişiklik de yedinci fıkra hükmünün yürürlükten kaldırılması olmuştur (5982 sk. m. 7). Söz konusu fıkra şu şekildeydi: “*Siyasi amaçlı grev ve lokavt, dayanışma grev ve lokavtı, genel grev ve lokavt, işyeri işgali, işi yavaşlatma, verimi düşürme ve diğer direnişler yapılamaz.*” Anayasa'dan bu maddenin çıkartılmasıyla, grev ve lokavt hakkının farklı türlerinin kullanılabilmesinin önündeki anayasal engel kaldırılmış oluyordu. Ancak Anayasa'nın 54'üncü maddesinin birinci fıkrasında grev hakkı, işçiler tarafından sadece “*toplu iş sözleşmesi*” görüşmeleri sırasında uyuşmazlık çıkması durumunda kullanılabilen bir hak olarak düzenlendiği için, bu maddenin yürürlükten kalkmasının söz konusu grev türleri konusundaki sınırlamaları kaldırmayacağı ve bu hüküm karşısında sadece “*menfaat grevinin*” mümkün olabileceği ifade edilmiştir. Benzer şekilde 54'üncü maddedeki grev erteleme ve yasaklarına ilişkin hükümlerle Yüksek Hakem Kurulu'na ilişkin mevcut hükümlerin grev yapılmasını olanaksız kılacağı ifade edilmiştir.⁵²³

Ancak Anayasa'nın 54/1 fıkrası işçiler açısından, grev hakkının düzenlendiği güvence niteliğinde bir hükümdür. 54'üncü madde yedinci fıkradaki grev türlerine ilişkin bir yasak getirmemektedir. Bu nedenle yedinci fıkranın kaldırılması, bu tür grevlerin bir hak olarak tanınması sonucunu direk olarak doğurmasa da; yasama organı artık söz konusu grev türlerinin yer aldığı bir metni yasalaştırabilecektir. Ayrıca grevle ilgili düzenlemede grevle ilgili Anayasa'daki diğer sınırlamaların da yer almaması mümkündür. Kısacası Anayasa grev hakkı ve bu hakkın kapsamı konusunda yasama organına geniş bir yetki alanı tanımaktadır. Bundan başka 2822 Kanununun, grev hakkı konusunda Anayasa ile aynı yasakları içeren hükmünün (m. 72/4) Anayasa değişikliği doğrultusunda değiştirilmesi de gerekir. Diğer taraftan Anayasa'dan bu fıkranın çıkarılması, bu maddede yer alan grev türlerinden suç teşkil eden veya hukuki sorumluluk doğuranları, hukuka uygun hale gelmeyecektir. Örneğin iş yeri işgali, bir mülkiyeti işgal olup niteliği suç teşkil eden davranış olarak devam edecektir.⁵²⁴

1982 Anayasası'nın 74'üncü maddesinde 2010 yılında yapılan değişiklikle, maddenin “*dilekçe hakkı*” şeklindeki kenar başlığı “*Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine*

⁵²² <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=3783>. 17. 03. 2011. 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 47/4 fıkrası, Anayasa'nın 54'üncü maddesinden çıkarılan hükmü tekrar etmektedir. Dolayısıyla grev uygulanan işyerinde meydana gelen zarardan sendikalar sorumlu olmaya devam etmektedir. Ancak yasama organı artık 2822 sayılı Kanunun 47/4 fıkrasını değiştirme imkanına da sahiptir.

⁵²³ Kaboğlu, 2010, s. 252-253.

⁵²⁴ www.anayasa.gen.tr/derdiman-5982.htm. 17. 03. 2011.

başvurma hakkı” olarak değiştirilmiştir. 74’üncü maddedeki bu kenar başlığı değişikliği, madde metnine bilgi edinme hakkının ve kamu denetçisi kavramının girmesine paralel olarak gerçekleştirilmiştir. Yine aynı maddenin üçüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır. 74’üncü maddeden çıkarılan hüküm şu şekildedir: *“Bu hakkın kullanılma biçimi kanunla düzenlenir.”* (5892 sk. m. 8). Anayasa’dan çıkarılan bu hüküm, Anayasa değişiklikleriyle 74’üncü maddeye eklenen son fıkra ile tekrar madde metnine eklenmiştir.

2010 yılında yapılan değişikliklerle 74’üncü maddeye aşağıdaki fıkralar eklenmiştir. *“Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir. (üçüncü fıkra) Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceler. (dördüncü fıkra) Kamu Başdenetçisi Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından gizli oyla dört yıl için seçilir. İlk iki oylamada üye tamsayısının üçte iki ve üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu aranır. Üçüncü oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için dördüncü oylama yapılır; dördüncü oylamada en fazla oy alan aday seçilmiş olur.(beşinci fıkra) Bu maddede sayılan hakların kullanılma biçimi, Kamu Denetçiliği Kurumunun kuruluşu, görevi, çalışması, inceleme sonucunda yapacağı işlemler ile Kamu Başdenetçisi ve kamu denetçilerinin nitelikleri, seçimi ve özlük haklarına ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.”(son fıkra)* (5892 sk. m.8)

Anayasa’nın 74’üncü maddesine eklenen üçüncü fıkra ile bilgi edinme hakkı Anayasal bir hak konumuna getirilmiştir. Bilgi edinme hakkı siyasal iktidarın kamusal niteliği olan, kendi eylem ve işlemlerini yönetilenlerin bilgisine açması, bir başka deyişle kamu otoritesinin eylem ve işlemlerinin aleniyeti ve kamusal politikaların yönetilenler tarafından bilinmesi, denetlenmesi ve gerektiğinde değiştirilip, dönüştürülmesi amacıyla yönelik olarak gündeme gelen bir haktır.⁵²⁵ Bilgi edinme hakkı temel hak ve özgürlükler içinde yer alan birçok hakla yakından ilişkilidir. Örneğin bireysel hesap isteme, öğrenme hakkı, düşünce ve ifade özgürlüğü, basın özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü, bilim özgürlüğü, siyasal katılıma ilişkin hak ve özgürlükler bu haklardan bir kısmıdır.⁵²⁶

Bilgi edinme hakkı ayrıca toplumsal ve siyasal boyutları olan bir haktır. Bu hak bir toplumun açıklık derecesinin saptanmasında bir ölçü olmakta ve yönetimin işlemlerinin saydam olmasıyla hesap verilebilirlik ilkelerine işlerlik kazandırmaktadır. Bu açıdan bilgi edinme hakkının uygulanması bireylerin siyasal ve toplumsal yaşama aktif biçimde katılmasını öngören demokrasi uygulamalarına yönelik mekanizmalar oluşturmak bakımından

⁵²⁵ Hasdemir, Tuğba, *Kamusal İletişimde Bilgi Edinme Hakkı*, Dipnot Y., 2007 Ankara, s. 10.

⁵²⁶ Hasdemir, s. 9.

önemlidir.⁵²⁷ Bilgi edinme hakkı demokrasi ilkesi yanında hukuk devleti ilkesiyle de yakından ilgilidir. Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak yönetimin işlem ve eylemlerinin denetime açıklığının bir yönünü söz konusu işlemlerin –devlet sırrı gibi bazı sınırlamalar dışında- kamuya açık olma ilkesi oluşturmaktadır. Yine diğer birçok hak ve özgürlükler bilgi edinme hakkıyla karşılıklı etkileşim içindedirler ve bilgi edinme hakkı ile bu haklar birbirlerini desteklemekte ve beslemektedirler. Örneğin hukuk devletinde hak arama özgürlüğünün bir gereği olan dilekçe hakkı bilgi edinme hakkının başlangıcı niteliğinde olan bir haktır.⁵²⁸

Bilgi edinme hakkı kamu işlemlerinde açıklık, saydamlık ve denetlenebilirliğin sağlanmasına yardımcı olduğu için hukuk devletinin, yönetenlerin de hukuka uygun davranması gereğini hayata geçirmede yararlı olabilecek bir olanaktır. Ayrıca idari organların karar alma sürecine vatandaşların katılımının sağlandığı ölçüde demokratik ilkelere de hizmet edebilecektir. Dolayısıyla bilgi edinme hakkının anayasal bir nitelik alması hukuk devletini ve demokrasi ilkesini ileri taşıyabilecektir. Bilgi edinme hakkı kapsamında yönetimin elindeki doğası gereği gizli kalmayan bilgi ve belgelere herkesin kolayca ulaşabilmesi ve idari kararların alınması sürecine bağımsız ve tarafsız bir yargı denetimi altında aktif bir şekilde ve gerekli bilgi ve belgelerle katılımın sağlanmasıyla ülkemizde kamu yönetiminde mevcut olan rüşvet ve yolsuzluk gibi hukuksuzluklar da en aza indirilebilecektir.⁵²⁹ Ancak bilgi edinme hakkının ülkemizde kendinden beklenen amaçları yerine getirebilmesi, bu konuda çıkarılacak olan yasaya ve bu yasanın kapsamına da büyük ölçüde bağlıdır.

Anayasa'nın 74'üncü maddesine 2010 yılında eklenen dördüncü fıkrayla, idarenin işleyişiyle ilgili şikayetleri dinlemek üzere Kamu Denetçiliği Kurumu'nun (ombudsmanlık) kurulması öngörülerek, Anayasal nitelikte bir ombudsmanlık kurumu hukukumuzda girmiştir. Beşinci fıkrayla bu Kurumun başkanı olan Kamu Başdenetçisi ve seçim usulü öngörülmüştür. Aynı maddenin son fıkrası ise madde kapsamındaki hakların ve Kamu Denetçiliği Kurumunun kanunla düzenleneceğini ifade etmektedir. Özerk ve bağımsız bir kurum olan ombudsmanlık kelime anlamı olarak temsilci anlamına gelmektedir. Ombudsmanlar hukuk bilgisi ve dürüstlüğü ile tanınan kişilerden seçilir. Görevleri her düzeyde kamu görevlilerinin işlem ve eylemlerini yasalara ve ödevlerine uygunluğunu denetlemek amacıyla gözetlemekten ibaret olan ombudsmanların araştırma, inceleme, tavsiye ve buyurma kararları suçlama noktasına varabilmektedir. Bu kurum İskandinav ülkeleri, Fransa, İngiltere ve Mısır gibi

⁵²⁷ Hasdemir, s. 10.

⁵²⁸ Hasdemir, s. 51.

⁵²⁹ Özay İlhan, "Yolsuzlukla Mücadelenin Yasal ve Hukuksal Çerçevesi", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, İstanbul Barosu Y., İstanbul 2003, s. 167-168.

birçok ülke tarafından benimsenen ve uygulanan bir sistemdir.⁵³⁰ Ombudsmanlık genel olarak hak ihlalleri karşısında vatandaşların başvurabileceği etkin bir hukuki araç olarak yönetimi hukuka uygun davranmaya sevk etmesi ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasına katkıda bulunması nedeniyle hukuk devletinin hayata geçmesinde önemli işlevler üstlenebilecektir.

Ancak 2010 değişiklikleri ile Anayasa'ya girmiş olan Kamu Denetçiliği Kurumu'nun yukarıda belirtilen işlevleri yerine getiremeyeceği yönünde eleştiriler olmuştur. Buna göre TBMM Genel Kurulu'nda dördüncü oylamada en çok oyu alacak kişinin dahi Başdenetçi seçilebilecek olması, Meclis çoğunluklarının istediği her kişiyi seçebilmesine neden olacağı için bu Kurum'un tarafsızlığına gölge düşebilecektir. Hükümeti oluşturan Meclis çoğunluğu tarafından seçilecek olan Başdenetçi'nin, hükümete bağlı idareyi denetlemesinin Kurum'un görevlerini bağımsız, tarafsız, güvenceli ve objektif bir şekilde yapmasına engel olabilecektir. Ayrıca Anayasa'da bu Kurum'un oluşumuna yönelik hiçbir ilke ve ölçütün bulunmaması da diğer bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır. Örneğin bu Kurum'a kimlerin başvuruda bulunabileceği; yine hangi konularda ve hangi idari kurumlar hakkında başvuru yapılabileceği açık olarak belirlenmemiştir. Yargı yolu tüketilmeden Kurum'a başvurunun mümkün olup olmadığı ve mümkünse bu başvurunun hukuki sonucunun ne olacağı konusunda da açıklık yoktur.⁵³¹ Ayrıca Kamu Denetçiliği Kurumu'nun tüzel kişiliği ve özerk yapısının da olmamasının, bu Kurum'u daha çok yasama ve dolaylı olarak da yürütmenin güdümüne sokacağı ifade edilmiştir.⁵³² Bütün bu konuların Anayasa'da düzenlenmemiş olmasının, Kamu Denetçiliği Kurumunun görevlerini etkin bir şekilde yapmasına engel olacağı ifade edilmiştir. Bu gibi sebeplerle Kamu Denetçiliği Kurumunun kendinden beklenen amaçları gerçekleştirebilmesi, bu Kuruma ilişkin çıkacak olan yasanın niteliği, kapsamı ve içeriğine büyük oranda bağlıdır.⁵³³

2010 yılında yapılan değişikliklerle 1982 Anayasası'nın 84'üncü maddesinin son fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır (5892 sk. m. 9). Anayasa'dan çıkartılan 84'üncü maddenin son fıkrası şu şekildedir: *“Partisinin temelli kapatılmasına beyan ve eylemleriyle sebep olduğu Anayasa Mahkemesinin temelli kapatmaya ilişkin kesin kararında belirtilen milletvekilinin milletvekilliği, bu kararın Remi Gazetede gerekçeli olarak yayımlandığı tarihte sona erer.*

⁵³⁰ Kaboğlu, 2000, s. 20.

⁵³¹ <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=3783>. 20. 03. 2011.

⁵³² Kaboğlu, 2010, s. 258-259.

⁵³³ Kamu Denetçiliği Kurumu ile ilgili yasal düzenlemede, kamu denetçisinin incelemelerinde bulduğu hukuka aykırılıkları yetkili kurum ve kuruluşlara bildirmek, gidermek veya düzeltmek yetkisinin olması, yine şikâyetten başka kamu denetçisine toplumda idareyle ilgili bir kısım sorunların çözümünde talep halinde gözlemcilik ya da arabuluculuk görevi verilmesi ve bu Kurumun Devlet Denetleme Kurumuyla ilişki ve koordinasyonun sağlanmasının, Kurum'u işler hale getireceği söylenmiştir. www.anayasa.gen.tr/derdiman-5982.htm. 20. 03. 2011.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı bu kararın gereğini derhal yerine getirip Genel Kurula bilgi sunar.” Anayasa’nın 84’üncü maddesinde yapılan bu değişiklikle, beyanlarıyla (düşünce açıklamalarıyla) partilerinin kapatılmasına neden olan kişilerin milletvekilliğinin sona ermesinin önüne geçilerek millet iradesi öne çıkarılmıştır.⁵³⁴ Ayrıca 84’üncü maddede yapılan bu değişiklik, düşünce ve ifade özgürlüğünü genişlettiği için hukuk devletinin özgürlükler düzeniyle uyumludur. Buna karşılık partilerinin kapatılmasına eylemleriyle neden olan milletvekillerinin, milletvekilliğinin devam etmesini aynı şekilde değerlendirmek mümkün değildir. Örneğin partisinin kapatılmasına soykırım suçu (TCK m. 76) ya da insanlığa karşı suçları (TCK m. 77) işleyerek neden olan bir milletvekilinin, görevinin devam etmesi hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz. Yine bu kişilerin milletvekili dokunulmazlığı (AY m. 83/2) devam edeceği için bunlar hakkında cezai sorumluluk hükümleri de işlemeyecektir. Yönetimin hukuka uygun davranmasının asli unsur olduğu hukuk devletinde, bu tür suçların faili olan kimselerin yasama organı üyesi olması ve ayrıca işlemiş oldukları suçlardan dolayı yargılanamaması hukukun üstünlüğü anlayışı ile bağdaşmaz.

2010 yılında yapılan değişikliklerle Anayasa’nın 94’üncü maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesi şu şekilde değiştirilmiştir: *“İlk seçilenlerin görev süresi iki yıldır, ikinci devre için seçilenlerin görev süresi ise o yasama döneminin sonuna kadar devam eder.”* (5982 sk. m. 10). Böylece TBMM Başkanlık Divanı’nın ikinci kez seçilenler için 3 yıl olan görev süresi, yasama döneminin sonuna kadar devam eder şeklinde değiştirilmiştir. TBMM’nin çalışma usulüyle ilgili olan bu değişiklik hukuk devletiyle ilgili değildir.

1982 Anayasası’nda 2010 yılında yapılan değişikliklerle Anayasanın 125’inci maddesinde de değişiklik gerçekleştirilmiştir. Buna göre Anayasa’nın 125’inci maddesinin ikinci fıkrasına *“Ancak, Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açıktır.”* şeklindeki cümle eklenmiştir (5892 sk. m. 11). Hukuki nitelikleri itibarıyla idari işlem olduklarından şüphe edilmeyen Yüksek Askerî Şura kararlarının yargı denetimi dışında bırakılmasını, hukuk devleti ve demokratik ilkeler açısından doğru bulmak mümkün değildir.⁵³⁵ Bu kararların yargı denetimine kapatılması ayrıca insan hakları, suçsuzluk karinesi, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada bulunma haklarına da aykırılık teşkil etmektedir.⁵³⁶ Anayasa’da 2010 yılında yapılan değişikliklerle ise Yüksek Askerî Şura’nın terfi ve kadrosuzluk nedeniyle emekliye

⁵³⁴ www.anayasa.gen.tr/derdiman-5982.htm. 20. 03. 2011.

⁵³⁵ Tekir; Akkaş, s. 217.

⁵³⁶ Tekir; Akkaş, s. 219.

ayırma işlemleri hariç her türlü ilişik kesme kararlarının yargı denetimine açılacağı belirtilmiştir. Ancak değişiklik sonucu oluşan fıkra da hukuk devletine uygun değildir. Çünkü Şura Kararları bütünüyle değil, sadece ilişik kesme işlemlerinden terfi ve kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma işlemleri dışındakiler yargı denetimine açılmıştır. Bu durumda terfi ve kadrosuzluk nedeniyle emekliye sevk kararları ile birlikte, ilişik kesme dışındaki bütün idari kararlar da yargı denetimi dışında tutulmaktadır. Dolayısıyla Anayasa'nın 125'inci maddesi kapsamında yapılan değişiklik, hukuk devleti açısından çok sınırlı bir ilerlemedir.

2010 yılında Anayasa'nın 125'inci maddesinde yapılan değişikliklerle dördüncü fıkranın birinci cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir: “*Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz.*” (5892 sk. m. 11). Bu değişiklik ile idari yargının yerindelik denetimi yapamayacağı anayasal bir kural haline getirilmektedir. Ancak 125'inci maddenin dördüncü fıkrasında yer alan “*Yargı yetkisi, idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır.*” cümlesinin zaten hukukilik denetimini öngördüğü ve yargının yerindelik denetimi yapmasının daha önce de mümkün olmadığı söylenmiştir.⁵³⁷ İdari Yargılama Usul Kanununun 2/2 fıkrası da idari yargı denetiminin hukukilik denetimiyle sınırlı olduğunu ve idari yargı yerlerinin yerindelik denetimi yapamayacağını belirtmektedir. Bu nedenle maddede yapılan değişikliğin hukuki bakımdan etkili bir sonuç doğurduğunu söylemek güçtür.

Ayrıca idari yargı yerlerinin demokratik bir yönetimde kural olarak yerindelik denetimi yapmaları da mümkün değildir; idari yargı yerleri ancak hukukilik denetimi yapabilirler. Yargı yerlerinin hukukilik denetimi yerine yerindelik denetimi yapması yargının yönetime karışması, politikasını saptaması, yasama, yürütme ve kamuoyuna karşı sorumlu olmayan yargıcın idarenin yerini alması demektir⁵³⁸ ve demokratik ilkelere aykırılık teşkil eder. Ancak idari yargı denetiminin kural olarak hukukilik denetimi olmasına rağmen, yerindelik denetimi ile hukukilik denetimi arasında kesin bir ayırımın olmadığı ve bu ayırımı yapması gerekenin de dava dosyasını en iyi bilen hakim olduğu ifade edilmiştir. Bu nedenle Anayasa'da belirtilen “*hiçbir surette*” şeklindeki kategorik yasağın yargıcın bağımsız karar verme sürecine daha baştan gölge düşüreceği ileri sürülmüştür.⁵³⁹ Yine bu hükmün, idari yargının yerindelik denetimi yapmasının önüne geçmek için getirildiği de ifade edilmiştir.⁵⁴⁰

⁵³⁷ <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=3783>. 20. 03. 2011.

⁵³⁸ Gözübüyük, s. 18.

⁵³⁹ Kaboğlu, 2010, s. 264.

⁵⁴⁰ www.anayasa.gen.tr/derdiman-5982.htm. 22. 03. 2011.

1982 Anayasası'nda 2010 yılında yapılan değişikliklerle 128'inci maddede de değişikliğe gidilmiştir. Buna göre 128'inci maddenin ikinci fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiştir. “*Ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır.*” (5892 sk. m. 12). Anayasa'nın 128'inci maddesinde yapılan bu değişikliğin, Anayasa'nın 53'üncü maddesinde memurlar ve kamu görevlilerine tanınan toplu sözleşme hakkına paralel olarak gerçekleştirildiği söylenebilir. Böylece memurlar ve kamu görevlilerinin mali ve sosyal haklarının toplu sözleşme hükümleriyle düzenlenebileceği, mali ve sosyal hakların kanun konusu yapılmayabileceği Anayasal bir kural haline getirilmiş oluyordu. Hukuk devletinin bir gereği olarak kanuni idare ilkesi, idarenin teşkilatına ve faaliyetlerine bütün olarak kanunun egemen olmasını şart koşar.⁵⁴¹ Anayasa'nın 128'inci maddesine eklenen bu fıkıyla kanuni idare ilkesine, kamu görevlileri ve memurların mali ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri açısından bir istisna getiriliyordu.

1982 Anayasası'nda 2010 yılında yapılan değişikliklerle 129'uncu madde değiştirilmiştir. Bu değişiklikle Anayasasının 129'uncu maddesinin üçüncü fıkrası şöyle olmuştur. “*Disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz.*” (5892 sk. m. 13). Bu fıkraya karşılık gelen eski fıkırada ise uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakılabileceği konusunda yasama organına takdir hakkı verilmişti. Disiplin cezaları idari düzene aykırı davranıldığı için, idari kuruluşun mensuplarına verilen cezalardır.⁵⁴² Bu cezalardan uyarma cezası memura görevinde ve davranışlarında daha dikkatli olmasının yazı ile bildirilmesidir. Kınama cezası ise memura görevinde ve davranışlarında kusurlu olduğunun bildirilmesidir.⁵⁴³ İdari nitelikte olan disiplin cezalarının, hukuk devletinin gereği olarak yargı denetimine tabi olması zorunludur.⁵⁴⁴ Bu nedenle uyarma ve kınama kararları dahil bütün disiplin kararlarının, yargı denetimi dışına çıkarılamayacağını öngören bu değişiklik, hukuk devletinin ve ayrıca hak arama özgürlüğünün bir gereğini Anayasa'ya yansıtmış olmaktadır.

Anayasa'da 2010 yılında yapılan değişikliklerle, “*Hakim ve savcılarının denetimi*” kenar başlıklı 144'üncü maddenin kenar başlığı “*Adalet hizmetlerinin denetimi*” şeklinde değiştirilmiştir. Ayrıca 144'üncü madde yeniden kaleme alınarak şu şekilde düzenlenmiştir: “*Adalet hizmetleri ile savcılarının idarî görevleri yönünden Adalet Bakanlığınca denetimi, adalet müfettişleri ile hâkim ve savcı mesleğinden olan iç denetçiler; araştırma, inceleme ve*

⁵⁴¹ Günday, s. 41.

⁵⁴² Günday, s. 203.

⁵⁴³ Günday, s. 549.

⁵⁴⁴ AİHM de disiplin kararlarının yargısal denetime açılması konusunda 2002 yılında, bağlı olduğu idari birimden uyarı cezası alan bir vatandaşın kendisine başvuruda bulunması sonucu, bu gibi durumlarda olası kötüye kullanılmaları önleyecek ya da bu kararların meşruluğunu denetleyecek bir güvencenin olmaması nedeniyle Türkiye'yi oybirliğiyle mahkum etmişti. Tekir; Akkaş, 2010, s. 224.

soruşturma işlemleri ise adalet müfettişleri eliyle yapılır. Buna ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.” (5982 sk. m. 14). Maddenin eski ve yeni şekli karşılaştırıldığında savcılar için hakim ve savcı güvencesi bakımından esaslı bir fark yoktur. Çünkü 144’üncü maddenin yeni hükmünde savcıların madde kapsamındaki denetimleri, eski maddede olduğu gibi ya “*adalet müfettişleri*” -ya da “*Adalet Bakanı tarafından atanan iç denetçiler*”- eliyle (AY m. 159/12) yapılacaktır. Dolayısıyla savcıların denetimi açısından Anayasa’nın 144’üncü maddesinin hukuk devleti açısından getirmiş olduğu önemli bir yenilik yoktur. Buna karşılık, eski düzenlemede yer alan, hakimlerin yönetsel denetimleri ve görevi nedeniyle ya da görevi sırasında işledikleri iddia edilen suçlardan dolayı denetimlerinin maddeden çıkartılması hakimlik güvencesi ve hukuk devleti açısından daha yerinde bir düzenlemedir.⁵⁴⁵

Anayasa’nın 144’üncü maddesinin yeni şeklinde eski düzenlemeden farklı olarak “*adalet hizmetlerinin denetimi*” de madde kapsamına alınmıştır. Ancak adalet hizmetleri kavramının belirsiz olduğu, bu kavramın belirlenmesine yönelik Anayasa’da hiçbir ilke ve ölçütün bulunmadığı ve geniş bir yorumla hakimlerin de bu kavram içinde denetlenebileceği (AY m. 144 hükmüne göre) ifade edilmiştir. Böylece Anayasa’nın 144’üncü maddesinde hakimlerin denetiminin adalet müfettişleri tarafından yapıldığı eski düzenlemeye geri dönülebileceği ve hakimlik güvencesine aykırı sonuçlar doğabileceği savunulmuştur.⁵⁴⁶ Yine Anayasa’nın 144’üncü maddesinin eski ve yeni düzenlemesi arasındaki bir diğer fark da savcılar hakkında denetimin yapılabilmesi için Adalet Bakanı’nın iznine artık gerek duyulmamasıdır. Savcılar hakkındaki denetimlerin Adalet Bakanı’nın izni ile yapılmaması kuşkusuz hakim ve savcı güvencesine daha uygun bir düzenlemedir. Ancak savcıların denetimine ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği belirtildikten (AY m. 144) sonra benzer bir hükmün yasa konusu yapılmasına da bir engel yoktur.

2010 yılında Anayasa’da yapılan değişikliklerle askeri yargıyı düzenleyen Anayasa’nın 145’inci maddesi değiştirilmiştir. Bu değişiklikle 145’inci maddenin birinci fıkrasında askeri yargının görev alanında olan “*askeri mahallerde işlenen suçlar*” bu mahkemelerin görev alanından çıkarılmıştır. Birinci fıkranın sonuna ise şu cümle eklenmiştir: “*Devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlara ait davalar her halde adliye mahkemelerinde görülür.*” (5982 sk. m. 15) Anayasa’nın 145’inci maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişiklikle askeri kişilerin askeri mahallerde işledikleri ve askeri suç

⁵⁴⁵ 2010 yılında Anayasa’yı değiştiren 5982 sayılı bu kanunun iptal başvurusu sırasında 144’üncü maddenin iptali için öne sürülen gerekçelere katılmayan Anayasa Mahkemesi, bu denetimin idarî nitelikli görevleri kapsamaması dolayısıyla, idarî mekanizmalar (Adalet Bakanlığı) tarafından yapılmasında Anayasa’ya bir aykırılık görmemiştir. www.anayasa.gen.tr/derdiman-5982.htm. 22. 03. 2011.

⁵⁴⁶ <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=3783>. 22. 03. 2010.

kategorisinde olmayan suçların askeri mahkemelerin görev alanına gireceği hükmü madde metninden çıkartılmıştır. Böylece askeri mahkemelerin görev alanı belli ölçüde daraltılmıştır. Yine devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine ilişkin suçlar –bunlar askeri suç niteliğinde olsalar bile- askeri mahkemelerin görev alanından çıkartılarak askeri mahkemelerin görev alanı tekrar bir daraltmaya tabi tutulmuştur.⁵⁴⁷

2010 yılında Anayasa'nın 145'inci maddesinde yapılan değişikliklerle ayrıca şu cümle maddeye ikinci fıkra olarak eklenmiştir: “*Savaş hali haricinde, asker olmayan kişiler askerî mahkemelerde yargılanamaz.*” (5892 sk. m. 15). Bu fıkroda yapılan değişiklikle asker olmayan kişilere ilişkin olarak özel kanunlarda öngörülen askeri suçlar ile kanunda belirtilen görevlerini ifa ettikleri sırada işledikleri ya da kanunlarda belirtilen askeri mahallerde askeri kişilere karşı işledikleri suçlara bakmak askeri mahkemelerin görev alanından alınmıştır. 145'inci maddenin yeni düzenlemesiyle askeri yargının sivil kişileri yargılama yetkileri kaldırılmakta (savaş hali hariç) ve yargı birliği ilkesinin gereği olarak sırf askerî suçları işleyen asker kişilerin askerî mahkemelerde yargılanması öngörülmektedir. Anayasa'nın 145'inci maddesinde yapılan bu değişikliklerle sivillerin adli mahkemelerde yargılanmasının ve askeri suçların askeri mahkemelerde görülmesinin hukuk devleti, yargı birliği ve adil yargılama ilkelerinin gereği olduğu ifade edilmiştir.⁵⁴⁸

Yine Anayasa'nın 145'inci maddesine üçüncü fıkra olarak şu hüküm getirilmiştir: “*Askerî mahkemelerin savaş halinde hangi suçlar ve hangi kişiler bakımından yetkili oldukları; kuruluşları ve gerektiğinde bu mahkemelerde adli yargı hâkim ve savcılarının görevlendirilmeleri kanunla düzenlenir.*” (5982 sk. m. 15). Anayasa'nın 145'inci maddesinin ikinci fıkrasında yapılan değişiklikle de askeri yargının görev alanının siviller için sadece savaş haliyle sınırlanmasına paralel olarak; askeri mahkemelerin sıkıyönetim halinde siviller bakımından görevlerinin kanunla düzenleneceğini öngören eski hüküm fıkradan çıkarılmıştır.

Anayasa'nın 145'inci maddesinin dördüncü fıkrası da 2010 yılında şu şekilde değiştirilmiştir: “*Askerî yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askerî hâkimlerin özlük işleri, askerî savcılık görevlerini yapan askerî hâkimlerin görevli buldukları komutanlıkla ilişkileri, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.*” (5892 sk. m. 15). Askeri yargı yerlerinin kanunla düzenlenmesinde yargısal ilkeler ve hukuk devleti ilkesi temel ölçüt olmalıdır. Anayasa'nın 145'inci maddesinde

⁵⁴⁷ Ancak devlet güvenliğine ve anayasal düzene karşı suç tanımlamasının yer aldığı kanunda, bu suçların tanımının çok geniş yapılması durumunda görevle ilgili suçlar ve diğer suçlar ayırımının öznel değerlendirmeler nedeniyle göreceli hale gelerek güvencesiz bir durum oluşabileceği ifade edilmiştir. Kaboğlu, 2010, s. 263.

⁵⁴⁸ www.anayasa.gen.tr/derdiman-5982.htm. 22. 03. 2011.

yapılan bu değişiklikle önceki düzenlemede yer alan askeri savcılık görevini yapan hakimlerin, komutanlıkların mahkemelerinde görev alması durumu madde metninden çıkartılmıştır. Yine askeri yargının kanunla düzenlenmesinde bir ölçüt olarak bulunan “*askeri hizmetlerin gerekleri*” ölçütü de maddeden çıkartılmıştır. Ayrıca eski fıkroda yer alan şu cümle ilga edilmiştir: “*Kanun, ayrıca askeri hakimlerin yargı hizmeti dışındaki askeri hizmetler yönünden askeri hizmetlerin gereklerine göre teşkilatında görevli buldukları komutanlık ile olan ilişkilerini de gösterir.*”

Anayasa'nın 145'inci maddesinde yapılan değişikliklerin genel olarak askeri mahkemelerin görev alanının suç tipleri, kişiler ve zaman bakımından daraltıldığı görülmektedir. Askeri mahkemelerin siviller için doğal hakim ilkesine aykırı olduğu, bu nedenle işlemiş oldukları suçlar ne olursa olsun, sivillerin adli mahkemelerde doğal hakimlerinin önünde yargılanmaları gerektiği görüşü ileri sürülmüştür. Askeri mahkemelerde yargılanmak insan hakları ihlallerine de neden olabilecektir. Dolayısıyla barış veya savaş dönemleri dahil adli mahkemelerde yargılama yapılması gerektiği ifade edilmiştir.⁵⁴⁹ Bu görüşler ışığında askeri yargının görev alanını daraltan Anayasa'nın 145'inci maddesinde yapılan değişiklikleri doğal yargıç ilkesi ve bununla bağlı olarak hukuk devletinin bir gereği olarak görebiliriz. Ancak bu noktada doğal hakim ile kanuni hakim arasındaki farkı da belirtmek gerekir. Doğal hakim her zaman kanuni hakim olmayabilir. Doğal hakim suçun işlenmesinden önce yasayla belirlenmiş ve davaya bakmakla asıl görevli olan yargıçtır. Buna karşılık kanuni hakim ise yasaya dayanmasına rağmen, suçun işlenmesinden sonra belirlenmiş ve davaya bakmakla asıl görevli olmayan hakim de olabilir.⁵⁵⁰ Yani askeri yargıçlar kanuni hakim olmalarına rağmen, doğal hakim değillerdir.

Anayasa'nın 145'inci maddesinin son fıkrasında yapılan değişiklikler de genel olarak yargıç güvencesini ve yargı bağımsızlığını güçlendirmiştir. Bu değişikliklerden askeri savcılık görevini yapan hakimlerin, komutanlıkların mahkemelerinde görev almasını öngören hükmün Anayasa'dan çıkartılması, askeri savcılara yönelik yürütme ve idareden gelen etki ve baskıların önüne geçebilecektir. Yürütme organının ya da idarenin hakimler hakkında gözetim ve denetim yetkisi söz konusu ise hakim güvencesinin artık bir önemi kalmamıştır.⁵⁵¹ Hakimlerin, görevlerini komutanlıklara bağlı olarak yapması ise idarenin gözetim ve denetim yetkisini kurumsal olarak kabul etmek anlamına gelir. Askeri yargının kanunla düzenlenmesinde askerlik hizmetinin gereklerinin bir ölçüt olmaktan çıkarılması da aynı

⁵⁴⁹ Kardaş, Ümit, *Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yetkileri*, Kazancı Y., İstanbul 1992, s. 11.

⁵⁵⁰ Soysal, s. 168.

⁵⁵¹ Kardaş, s. 21-22.

şekilde hakim ve savcı güvencesine uygun bir düzenlemedir. Yargılama işlevi idari bir işlem olan askerlik mesleğinin kendine özgü hiyerarşik yapısına ve askerlik kurallarına yabancıdır.⁵⁵² Bu nedenle askerlik mesleğine ilişkin ilke, esas ve kurallarının kendisiyle nitelik olarak büyük farklılıklar bulunan yargısal işlemlere uygulanması hakim güvencesi ve yargı bağımsızlığı ilkelerine aykırı durumlar oluşturabilecektir.

Aynı şekilde Anayasa'nın 145'inci maddesinin son fıkrasındaki askeri hakimlerin komutanlıklarla olan idari ilişkilerinin askeri hizmetlerin gereklerine göre kanunla düzenleneceği hükmünün 145'inci maddeden çıkartılması, hakim güvencesini ve yargı bağımsızlığını güçlendirecektir. İdari ilişkiler yönünden de olsa yargı organların düzenlenmesinin ölçütü, nitelik olarak kendinden çok farklı olduğu askeri hizmetlerin gerekleri olamaz. Böyle bir gerekçe yürütmenin yargıya müdahalesine Anayasal dayanak oluşturur. Örneğin askeri hakimlerle ilgili yönetsel konuların düzenlenmesi askeri hizmetlerin gerekleri ölçütüne göre yapılması durumunda, bağlı buldukları komutanlıklarla olan ilişkilerinin katı bir hiyerarşik yapı içerisinde düzenlenmesi Anayasa'ya aykırı olmaz. Buna karşılık bu tarz bir düzenleme, hiç kuşkusuz yargı bağımsızlığına ve hakim güvencesine; dolayısıyla da hukuk devletine aykırı olur. Astın üstün emirlerini uygulaması zorunluluğunu içeren hiyerarşi yetkisi, mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine büyük gölge düşürür. Bütün bu gerekçelerle Anayasa'nın 145'inci maddesinde 2010 yılında yapılan değişiklikler yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesine uygun olan ve hukuk devletini ileri götüren değişiklikler olarak görülmelidir.

Anayasa yargısı hukuk devletinin zorunlu bir unsurudur.⁵⁵³ Anayasa yargısını hukuk devletinin zorunlu bir unsur olarak kabul ettikten sonra yasaların Anayasa'ya uygunluğunu denetlemekle görevli organ olan Anayasa Mahkemesi de hukuk devleti için vazgeçilmez bir konuma gelmektedir. Anayasa Mahkemesi yaptığı yargısal faaliyetlerle anayasanın üstünlüğü ve katılığı ilkelerini yaşama geçmesini sağlayarak⁵⁵⁴, yasama organının bireylerin temel hak ve özgürlüklerini ihlal etmesinin önüne geçer.⁵⁵⁵ Bu nedenle temel hak ve özgürlüklere yasama organı tarafından gelen haksız müdahaleleri önlemekle görevli olan Anayasa Mahkemesi ile ilgili 2010 yılında yapılmış olan değişikliklerin hukuk devleti açısından irdelenmesi gerekir.⁵⁵⁶ Anayasa Mahkemesi hakkında yapılan bu değişikliklerden ilki ise

⁵⁵² Kardaş, s. 10.

⁵⁵³ Ökçesiz, 2008, s. 48. Kaboğlu, 2005, s. 336.

⁵⁵⁴ Gözler, 2010, s. 423.

⁵⁵⁵ Gözler, 2010, s. 412.

⁵⁵⁶ Anayasa Mahkemesi hakkında 2010 yılında yapılan değişikliklerden sonra 6216 sayılı ve 30. 03. 2011 tarihli Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun ile Anayasa Mahkemesine ilişkin hususlar düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşunu düzenleyen 146'ncı maddede gerçekleştirilmiştir. Bu maddede yapılan değişikliklerle ilk olarak Anayasa Mahkemesi'nin oluşumu değiştirilmiştir. Buna göre Anayasa Mahkemesi'nin on bir asıl ve dört yedek üyeden oluşmasını öngören hükmü, on yedi üyeden oluşacağı hükmüyle değiştirilmiştir. Ayrıca bu değişiklikle, Anayasa Mahkemesi'nin oluşumundan yedek üyeler çıkartılmıştır (5982 sk. m. 16).

Yine Anayasa'nın 146'ncı maddesinin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarında yapılan değişikliklerle de Anayasa Mahkemesinin oluşum şekli değiştirilmiştir. Eski hükme göre Anayasa Mahkemesi'nin asıl ve yedek bütün üyeleri Cumhurbaşkanı tarafından ya doğrudan doğruya öğretim üyeleri, avukatlar ve üst kademe yöneticiler arasından; ya da Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay genel kurullarınca, bu kurumların kendi başkan ve üyeleri arasından her boş üyelik için göstereceği üçer aday arasından seçiliyordu. 2010 değişiklikleri ile Anayasa Mahkemesi'nin oluşum şeklini yeniden düzenleyen ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkraları şu şekilde değiştirilmiştir:

“Türkiye Büyük Millet Meclisi; iki üyeyi Sayıştay Genel Kurulunun kendi başkan ve üyeleri arasından, her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden, bir üyeyi ise baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday içinden yapacağı gizli oylamayla seçer. Türkiye Büyük Millet Meclisinde yapılacak bu seçimde, her boş üyelik için ilk oylamada üye tam sayısının üçte iki ve ikinci oylamada üye tam sayısının salt çoğunluğu aranır. İkinci oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için üçüncü oylama yapılır; üçüncü oylamada en fazla oy alan aday üye seçilmiş olur.”(ikinci fıkra)Cumhurbaşkanı; üç üyeyi Yargıtay, iki üyeyi Danıştay, bir üyeyi Askerî Yargıtay, bir üyeyi Askerî Yüksek İdare Mahkemesi genel kurullarınca kendi başkan ve üyeleri arasından her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden; en az ikisi hukukçu olmak üzere üç üyeyi Yükseköğretim Kurulunun kendi üyesi olmayan yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri arasından göstereceği üçer aday içinden; dört üyeyi üst kademe yöneticileri, serbest avukatlar, birinci sınıf hâkim ve savcılar ile en az beş yıl raportörlük yapmış Anayasa Mahkemesi raportörleri arasından seçer.”(üçüncü fıkra) Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay genel kurulları ile Yükseköğretim Kurulundan Anayasa Mahkemesi üyeliğine aday göstermek için yapılacak seçimlerde, her boş üyelik için, (...) en fazla oy alan üç kişi aday gösterilmiş sayılır. Baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday için yapılacak seçimde en fazla oy alan üç kişi aday gösterilmiş sayılır.” (dördüncü fıkra) (5982 sk. m. 16)

2010 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri ile Anayasa Mahkemesi üyelerinin atanması konusunda Cumhurbaşkanı ve TBMM'nin yetkili olduğu karma bir sistem benimsenmiştir. 1961 Anayasası döneminde de ülkemizde Yargıtay, Danıştay, Sayıştay, TBMM, Cumhuriyet Senatosu ve Cumhurbaşkanı'nın Anayasa Mahkemesi'ne üye seçiminin öngörüldüğü (m. 145) karma bir sistem benimsenmişti. Karma bir sistem öngörülmesinin amacının Anayasa Mahkemesi'nde çoğulcu bir yapı oluşturmak, farklı görüşlerin temsilini mümkün hale getirmek, hukuki veya siyasi bir görüşün Mahkeme'de üstünlüğünü engellemek olduğu belirtilmiştir.⁵⁵⁷ Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçiminin bunun gibi parlamento, yargı, hükümet ve devlet başkanı arasında paylaştırıldığı karma sistemlere örnek olarak İtalya ve İspanya gibi Avrupa ülkeleri örnek verilebilir. Yine ABD, Rusya, Kore, Slovenya ve Fransa gibi ülkelerde ise Anayasa Mahkemesi'ne yasama ve yürütme organları birlikte üye seçebilmektedirler. Almanya, Belçika, Macaristan ve Polonya gibi ülkelerde ise Anayasa Mahkemesi'ne sadece yasama organı tarafından üye seçilmektedir. Diğer ülkelerle karşılaştırıldığında ülkemizde Anayasa Mahkemesi'ne yasama organı tarafından üye seçilmemesinin eleştiriye açık bir hüküm olduğu belirtilmiştir.⁵⁵⁸

Anayasa'nın 146'ncı maddesinin ikinci fıkrasına göre, TBMM Anayasa Mahkemesi'ne üç üyeyi gizli oyla seçilebilecektir. TBMM tarafından seçilen üç üyeden ikisi, Sayıştay Genel Kurulu'nun kendi başkan ve üyeleri arasından Sayıştay Genel Kurulunca her boş üyelik için üç aday olarak; biri ise serbest avukatlar arasından Baro başkanlarınca yine boş üyelik için üç aday olarak belirlenecektir. Anayasa Mahkemesi üyelerinin TBMM'ce seçiminde ilk oylamada üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu; ikinci oylamada ise üye tamsayısının salt çoğunluğu aranmaktadır. Eğer her iki oylamada da yeterli çoğunluk sağlanamazsa, ikinci oylamada en çok oy alanlar arasında üçüncü bir oylama yapılacak ve bu oylamada en fazla oyu alan aday üye seçilmiş olacaktır. Bu bakımdan TBMM tarafından Anayasa Mahkemesi'nin üyelerinin seçimi kolaylaştırılmış ve son oylamada basit çoğunluk dahi yeterli görülmüştür. Anayasa Mahkemesi'ne bu şekilde halkın temsilcisi olan yasama organının üye seçmesi Mahkeme'nin demokratik meşruiyetini sağlayabilecek⁵⁵⁹ ve böylelikle parlamento üzerinde bir güç yaratma tehlikesinin de önüne geçilebileceği ifade edilmiştir.⁵⁶⁰

Yasama organının kendi işlemlerini denetleyecek olan Anayasa Mahkemesi yargıçlarını bizzat kendisinin seçmesi, Mahkeme'nin bağımsızlığı ve tarafsızlığını nasıl etkileyeceği sorgulanabilir. Yine bu seçimin basit çoğunlukla dahi mümkün olmasının herhangi bir

⁵⁵⁷ Tekir; Akkaş, s. 189.

⁵⁵⁸ Gözler, 2010, s. 432.

⁵⁵⁹ Kaboğlu, 2010, s. 266.

⁵⁶⁰ Soysal, s. 253.

sakıncası var mıdır? Anayasa mahkemelerine başka ülkelerin yasama organlarının da üye seçebildiği görülmektedir. Örneğin Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Macaristan Anayasa Mahkemesi ve Polonya Anayasa Mahkemesine, bu ülkelerin yasama organları üye seçimi yapabilmektedir. Bu ülkelerden Almanya’da anayasa yargıçlarının sekizi Federal Millet Meclisi, sekizi ise Federal Senato tarafından üçte iki çoğunluk oyuyla seçilmektedir. Macaristan’da ise on beş anayasa yargıcı, ulusal meclis tarafından üçte iki çoğunluk oyuyla seçilir. Yine Portekiz’de de Anayasa Mahkemesi’nin on üyesi üçte iki çoğunluk oyuyla seçilir.⁵⁶¹ Ancak burada dikkati çeken husus, bütün bu ülkelerin Anayasa mahkemelerinin üyelerinin yasama organlarınca seçiminde nitelikli bir çoğunluğun aranmış olmasıdır. Bu şekilde, yasama organında çoğunluğa sahip siyasal grupların yalnız başına Mahkeme üyelerini seçmelerinin önüne geçilebilecek ve çoğunluk partisi seçilen yargıçların tercihi konusunda muhalefetle uzlaşmaya zorlanacaktır. Böylelikle Mahkemenin aynı düşüncenin tekeli altına girmesi önlenerek, Anayasa Mahkemesi’nde çeşitli siyasi görüşlerin ve hukuki akımların temsili mümkün olacaktır.⁵⁶²

2010 yılında yapılan Anayasa değişiklikleriyle, TBMM’nin Anayasa Mahkemesi’ne üye seçebilmesi için, üçüncü oylamada basit çoğunluğun dahi yeterli olması ise Mecliste çoğunluğu elde eden siyasi partilerin, Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçimi konusunda muhalefetle uzlaşma yolunu tercih etmelerini çoğu zaman gerektirmeyecektir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi’nin TBMM’ce seçilen üyelerinin, bütün siyasi görüş veya hukuki akımları temsil etmesi ihtimali azalacaktır. Diğer ülkelerde olduğu gibi nitelikli çoğunluk koşulu yerine getirilmeden Anayasa Mahkemesi’ne TBMM tarafından üye seçilme yönteminin kabul edilmesinin, ülkemizde Anayasa Mahkemesi’nin bağımsızlık ve tarafsızlığını zedeleyebileceği söylenmiştir.⁵⁶³ Yine basit çoğunluklar, Anayasa Mahkemesi’ne üye seçilebilmesinin nitelikli uzmanlar yerine, siyasal kimlikli üyelerin Mahkeme üyesi olmasına yol açabilecektir.⁵⁶⁴

Anayasa Mahkemesi’nin TBMM’nin seçtiği üyeler dışındaki diğer üyeleri ise Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır. Buna göre Cumhurbaşkanı toplam on üyeyi Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Yükseköğretim

⁵⁶¹ Kaboğlu, 1994, s. 21. Bundan başka İtalya’da on beş Anayasa Mahkemesi yargıcından beşi, Fransa’da 9 Anayasa Mahkemesi yargıcından üçü, yine Avusturya’da on dört asıl ve altı yedek üyeden, altı asıl ve üç yedek Anayasa Mahkemesi yargıcı yasama organı tarafından seçilmektedir. Gözler, 2010, s. 429.

⁵⁶² Kaboğlu, 1994, s. 22.

⁵⁶³ <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=3783>. 25. 03. 2011.

⁵⁶⁴ Kaboğlu, 2010, s. 267. Ayrıca ülkemizde yönetimde istikrar düşüncesinin ürünü olan Parlamenta Anayasa Mahkemesi üyelerini seçtirilenin, iktidarı denetleyecek bir organı iktidara bağımlı hale getireceği ve Anayasa Mahkemesi’nin hukuk devletinin güvencesi olma özelliğini engelleyeceği; bu nedenle TBMM’nin Anayasa Mahkemesine üye seçmemesi gerektiği şeklinde yorumlar da yapılmıştır. Tekir; Akkaş, 2010, s. 154.

Kurulu tarafından her boş üyelik için gösterilen üçer aday arasından atamakta; kalan dört üyeyi ise üst kademe yöneticileri, serbest avukatlar, birinci sınıf hakim ve savcılar ve beş yıl raportörlük yapmış Anayasa Mahkemesi raportörleri arasından doğrudan kendisi atamaktadır (AY m. 146/3).

Anayasa'nın 146'ncı maddesine göre (eskisinde olduğu gibi) Anayasa Mahkemesi'nin oluşumunda Cumhurbaşkanı'nın etkisi büyük oranda devam etmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin oluşumunda Cumhurbaşkanı'nın daha önceki üstün konumun pekiştirildiği, dolayısıyla yürütme organının belirleyici konuma geldiği ve yüksek mahkemelerin ikinci plana atıldığı görüşü ileri sürülmüştür.⁵⁶⁵ Anayasa Mahkemesi'nin kararlarını salt çoğunlukla (AY m. 149/1) ve bazı kararlarını ise üçte iki nitelikli çoğunlukla aldığı (AY m. 149/3) dikkate alınırsa Cumhurbaşkanı tarafından atanan on dört üyenin bu oranları rahatlıkla sağladığı ve Cumhurbaşkanı'nın Anayasa Mahkemesi'nin oluşumu konusunda yine en etkin makam olduğu görülecektir. Hakimlerin yürütme organı tarafından atandıkları bir sistem ise hakim bağımsızlığı açısından sorunlar yaratması olasıdır.⁵⁶⁶ Bu nedenle Anayasa Mahkemesi üyelerinin büyük çoğunluğunun Cumhurbaşkanı tarafından atanması öngörülerek Anayasa Mahkemesi'nin bağımsızlığı açısından sorunlu bir düzenleme kabul edilmiştir. Üstelik 2007 yılında Anayasa'da yapılan değişiklikle Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilmesi ve Cumhurbaşkanı'nın tarafsızlıktan belli oranda uzaklaşmasının, Anayasa Mahkemesi'ne atadığı üyelerin bağımsızlığı konusunda daha fazla şüphe edilmesini sağlayacağı şeklinde görüşler de ileri sürülmüştür.⁵⁶⁷

Anayasa'nın 146'ncı maddesinin önceki şekli Anayasa Mahkemesi'nin oluşumunu tamamen yürütme organına bırakarak (Cumhurbaşkanı) hakim bağımsızlığı açısından sorunlu bir düzenleme getirmişti. Benzer şekilde Anayasa'nın 146'ncı maddesinin yeni düzenlemesi de Anayasa Mahkemesi'nin oluşumunu, büyük oranda yürütme organına (Cumhurbaşkanı) bırakarak yargı bağımsızlığı ve hukuk devleti açısından 146'ncı maddenin eski düzenlemesinin taşıdığı sakıncaları yeni düzenlemeye aktarmıştır. Ayrıca TBMM tarafından seçilen Anayasa Mahkemesi üyelerinin basit çoğunlukla dahi seçilebilecek olması Mahkeme'yi büyük oranda siyasi etkilere açmış ve hukuk devletinin gereği olan anayasa yargısının işlemlerini güçleştirmiştir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin yapısına ilişkin olarak Anayasa'nın 146'ncı maddesinde getirilen yeni düzenleme, hukuk devleti açısından

⁵⁶⁵ Kaboğlu, 2010, s. 266.

⁵⁶⁶ Kardaş, s. 17.

⁵⁶⁷ www.anayasa.gen.tr/derdiman-5982.htm. 25. 03. 2011.

daha önceki düzenlemedeki sakıncaları büyük oranda sürdüren ve kayda değer bir yenilik – ilerleme- getirmeyen bir değişikliktir.⁵⁶⁸

Bütün bu çekincelere rağmen, şu noktanın da dikkate alınması gerekecektir:

Anayasa Mahkemesi üyelerinin Cumhurbaşkanı'nca belirlenmesinin sakıncası daha çok, cumhurbaşkanının halkın değil de iktidar partisinin belirleyici olduğu parlamento tarafından belirlendiği 2007 anayasa değişikliği öncesi için isabetli düşmektedir. Kanunların çıkarılmasında belirleyici olan iktidar partisinin yine belirleyici olarak seçilmesini sağladığı bir cumhurbaşkanının seçtiği kişilerin yasama faaliyetlerini denetleyebilmesi çoğulcu demokrasi ilkelerini zaafa uğratmasına bağlı olarak anayasa yargısının da tarafsızlığı bakımından sakınca teşkil edebilmektedir. Oysa devlet başkanlarının halk tarafından seçildiği sistemlerde bu sakınca azalabilmektedir. 2007 değişikliğinden itibaren Türkiye Cumhurbaşkanı seçilebilmek için geçerli oyların salt çoğunluğunun kazanılması gerekmektedir. Böylece milletvekili seçim sistemimize göre geçerli oyların salt çoğunluğundan az bir oy kazanılsa da TBMM'de ezici çoğunluğa sahip bir iktidar partisinin Anayasa Mahkemesi üyelerini belirleyebilmesi olasılığı yanında bu belirlemenin geçerli oyların salt çoğunluğunu kazanmış bir cumhurbaşkanınca yapılmasının daha demokratik ve daha adaletli sonuçlar doğuracağı ortadadır.

Buna karşılık Anayasa Mahkemesi'nin yeni yapısının karma bir sistemin öngörmüş olduğu çeşitli siyasi ve hukuki akımlara açık, çoğulcu bir şekilde oluşturulması yargı bağımsızlığı ve hukuk devleti açısından daha uygun olurdu. Bu anlamda yasama, yürütme ve yargı organlarının eşit veya birbirine yakın sayıda Anayasa Mahkemesi'ne üye seçebildiği bir sistem öngörülebilirdi. Yasama organından seçilecek üyeler için nitelikli bir çoğunluk öngörülmesi ve böylece Meclis tarafından seçilen üyelerin uzlaşısı ile seçilmesi yargı bağımsızlığı için uygun olurdu. Meclis tarafından üye seçilerek Anayasa Mahkemesi'nin demokratik meşruiyeti de sağlanmış olurdu. Yine yürütme organına –Cumhurbaşkanı'na da Anayasa Mahkemesi'ne belli oranda bir üyeyi seçebilme olanağı tanınabilirdi. Son olarak özellikle Anayasa Mahkemesi'nin bağımsızlığını sağlamak açısından önemli ve gerekli olan, yargı organlarından doğrudan üye seçme olanağının getirilmesi uygun olurdu. Anayasa

⁵⁶⁸ Buna karşılık Anayasa Mahkemesinin üye sayısının ve Anayasa Mahkemesine üye gönderecek kurum ve kuruluşların çeşitliliğinin artmasının çoğulcu demokrasi açısından yararlı olduğu ve bunun Anayasa Mahkemesi kararlarının kişiselleşmeden ve siyasallaşmadan uzak olarak kurumsallaşmasını sağlayacağı ve yine kararların hukuki niteliklerinin ağır basacağı ifade edilmiştir. www.anayasa.gen.tr/derdiman-5982.htm. 25. 03. 2011.

Mahkemesi üyelerinin bu şekilde yargı organlarının seçilmesi Mahkeme'nin yürütme organına karşı bağımsızlığını sağlamada en etkili yöntem olacağı ifade edilmiştir.⁵⁶⁹

Anayasa Mahkemesi'nin yapısına yönelik diğer bir eleştiri de Mahkeme üyelerinin niteliğine ilişkin olarak yapılmıştır. Buna göre Sayıştay tarafından seçilen iki üye, üst kademe yöneticileri, serbest avukatlar, birinci sınıf yargıç ve savcılar ile Anayasa Mahkemesi raportörleri arasından Cumhurbaşkanı tarafından atanan dört üye, Danıştay tarafından seçilen iki üye ve öğretim üyeleri arasından seçilen bir üyeye birlikte toplam dokuz üye hukukçu olmayabilecektir. Örneğin üst kademe yöneticileri arasından seçilen üyelerin hukukçu olması zorunlu değildir. Yine Danıştay üyeliğine de bürokratlardan atama yapılabilmesi ve idari hakimlerde hukuk mezunu olmak zorunluluğu aranmadığı için Anayasa Mahkemesi'nin bu üyeleri hukukçu olmayabilecektir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi'nin on yedi üyesinden en fazla sekizinin hukukçu olma zorunluluğu vardır. Anayasa Mahkemesi'nin hukukçu üyelerin azınlıkta bulunabilecek bir yapıya sahip olması, hukuksal denetim ve Yüce Divan görevi yapan bir Anayasa Mahkemesi'nin görevlerini gerektiği gibi yapmasına ve hukuk devletinin gelişmesine engel olabileceği ifade edilmiştir.⁵⁷⁰

Anayasa'nın 146'ncı maddesinde 2010 yılında yapılan değişiklikle beşinci fıkra olarak şu hüküm eklenmiştir: “*Anayasa Mahkemesine üye seçilebilmek için, kırk beş yaşın doldurulmuş olması kaydıyla; yükseköğretim kurumları öğretim üyelerinin profesör veya doçent unvanını kazanmış, avukatların en az yirmi yıl fiilen avukatlık yapmış, üst kademe yöneticilerinin yükseköğrenim görmüş ve en az yirmi yıl kamu hizmetinde fiilen çalışmış, birinci sınıf hâkim ve savcılarının adaylık dahil en az yirmi yıl çalışmış olması şarttır.*” Anayasa'nın 146'ncı maddesinin beşinci fıkrası Anayasa Mahkemesi'ne üye seçilecek olan adayların niteliklerini daha önceki fıkraya göre az da olsa ağırlaştırmıştır. Bu şekilde Mahkeme üyeliği için aranan şartların ağırlaştırılarak daha sınırlı sayıda kişinin Mahkeme üyeliğine seçilmesinin, üyeliğe seçilecek bu kişilerin etki altında kalmalarını belli oranda zorlaştıracığı ve Anayasa Mahkemesi'nin bağımsızlığını güçlendireceği ifade edilmiştir.⁵⁷¹

1982 Anayasası'nda 2010 yılında yapılan değişiklikle yeniden düzenlenen 146'ncı maddenin altıncı fıkrası şu şekildedir: “*Anayasa Mahkemesi üyeleri arasından gizli oyla ve üye tam sayısının salt çoğunluğu ile dört yıl için bir Başkan ve iki başkanvekili seçilir. Süresi bitenler yeniden seçilebilirler (altıncı fıkra).*” Daha önceki fıkradan farklı olarak Anayasa

⁵⁶⁹ Kardaş, s. 18.

⁵⁷⁰ <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=3783>. 25. 03. 2011.

⁵⁷¹ www.anayasa.gen.tr/derdiman-5982.htm. 14. 03. 2011. Benzer şekilde üyelik için gerekli olan yaş koşulunun 40'tan 45'e yükseltilmesi olumlu olarak değerlendirilmiştir. Kaboğlu, 2010, s. 266.

Mahkemesi'ne seçilen başkan vekili sayısını ikiye çıkararak bu değişiklik de hukuk devletiyle ilgili değildir.

2010 yılında yapılan değişikliklerle Anayasa Mahkemesi'ne ilişkin “*üyeliğin sona ermesi*” kenar başlıklı 147’nci maddenin kenar başlığı “*Üyelerin görev süresi ve üyeliğin sona ermesi*” şeklinde değiştirilmiştir. Yine maddenin birinci fıkrası da şöyle değiştirilmiştir. “*Anayasa Mahkemesi üyeleri on iki yıl için seçilirler. Bir kimse iki defa Anayasa Mahkemesi üyesi seçilemez. Anayasa Mahkemesi üyeleri altmış beş yaşını doldurunca emekliye ayrılırlar. Zorunlu emeklilik yaşından önce görev süresi dolan üyelerin başka bir görevde çalışmaları ve özlük işleri kanunla düzenlenir.*” (5982 sk. m. 17). Anayasa'nın 147’nci maddesinde yapılan değişiklikte Anayasa Mahkemesi üyeleri için önceki düzenlemede bulunmayan 12 yıllık bir görev süresi getirilmiştir. Anayasa yargıçlarının görev süresinin kısalığının sakıncaları olduğu gibi; bunun uzunluğu, dahası yaşam boyu üyeliğin mahkemeleri toplumun evriminden koparabileceği ileri sürülmüştür.⁵⁷² Ancak Anayasa Mahkemesi üyelerinin görev süresi ile ilgili bu değişikliğin hukuk devletinin doğrudan bir gereği olmadığı söylenebilir. Anayasa Mahkemesi üyelerinin iki defa seçilemeyeceğini öngören hüküm ise, üyelerin tekrar seçilmek için yürütme ve yasama organının istediği yönde kararlar vermesinin önüne geçebileceği için yargı bağımsızlığı açısından yerinde bir düzenlemedir. Buna karşılık 147’nci maddedeki zorunlu emeklilik yaşından önce görev süresi dolan yargıçların başka bir görevde çalışmalarının (örneğin üyelerin yüksek yargı organlarına geri dönebilmeleri) ve yine zorunlu emeklilik yaşından önce görev süresi dolanların özlük işlerinin kanunla düzenleneceği hükmünün yeterince açık olmadığı, bu konuda herhangi bir Anayasal ölçüt getirilmediği için hakim güvencesine aykırı olduğu ifade edilmiştir.⁵⁷³

2010 yılında yapılan Anayasa değişiklikleriyle Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini belirleyen 148’inci maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesinin sonuna “*ve bireysel başvuruları karara bağlar*” ibaresi eklenmiştir (5982 sk. m. 18). Böylelikle 2010 değişiklikleri ile Anayasal nitelik kazanan bireysel başvuruları sonuçlandırmak Anayasa Mahkemesi'nin görevlerinden birisi haline gelmiştir (AY m. 148/1). Günümüzde anayasa yargısını benimsemiş çoğu ülkede değişen derecelerde anayasa yargısı organını harekete geçirme olanağı (bireysel başvuru) bireylere bir hak olarak tanınmıştır. Bireysel başvurular bir uyuşmazlığın ortaya çıkması veya bir yasanın uygulanıyor olması şartına tabi kılınmamışlardır. Ancak bu başvuru, bir anayasayı koruma ya da genel koruma davası da

⁵⁷² Kaboğlu, 1994, s. 32. Anayasa yargıçlarının görev süresinin 12 yıla sınırlanmasının olumlu bir düzenleme olduğu ifade edilmiştir. Kaboğlu, 2010, s. 266.

⁵⁷³ <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=3783>. 25. 03. 2011.

değildir. Amaç bireylerin temel haklarının anayasa yargısı yoluyla korumaktır. Bu başvuru imkanından yararlanmak için bireylerin bu yola başvurmalarında bir menfaati olması ölçütü aranır.⁵⁷⁴

2010 Anayasa değişiklikleri ile Anayasa'nın 148'inci maddesinin birinci fıkrasında bireysel başvuru hakkının tanınmış olmasına paralel olarak, ikinci fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkralar eklenmiştir: *“Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır. (üçüncü fıkra) Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz. (dördüncü fıkra) Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.”* (beşinci fıkra) (5982 sk. m. 18)

2010 yılı Anayasa değişiklikleri ile hukukumuzda giren bireysel başvuru yolu, Anayasa'nın genel olarak hak arama hürriyetinin düzenlendiği 36'ncı maddesinin, 148'inci maddede düzenlenen özel bir düzenlemesi niteliğindedir. Bireysel başvuru bireylerin temel haklarını korumak için Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunduğu ve adli ve idari mahkemelerdeki yargılamalara ek hukuksal bir çare olmayıp, olağanüstü bir hukuksal çaredir. Şikayetçinin kullanımına başka bir yargısal yol açıksa bireysel başvuruda bulunma mümkün değildir.⁵⁷⁵ Bireysel başvuru yoluna ancak yargı yolunun tüketilmesinden sonra başvurulabilir. Bireysel başvurunun yardımcılık niteliği onu yargı yolunun tüketilmesini aramayan diğer her türlü yargı yolundan ayırmaktadır.⁵⁷⁶ Bireysel başvuru yolunun anayasa yargısı bünyesine uymamakla birlikte, vatandaşın anayasa ile canlı bir ilişkiye soktuğu ve anayasa hukukunun gelişmesine, temel hakların korunmasına katkıda bulunduğu ifade edilmiştir.⁵⁷⁷ Bu yolun ülkemizde Anayasal bir hak olarak tanınması bireylerin temel hak ve özgürlüklerini korumada ek bir hukuki olanak sağladığı için hukuk devletini geliştirebilecektir. Ancak sadece Anayasa'da düzenlenen ve AİHS'de tanınan haklarla sınırlı olarak tanınması⁵⁷⁸, bu yolun etkinliğini ve güvence olma özelliğini azaltmakta ve ayrıca insan haklarına saygılı devlet ilkesine (AY m. 2) ve AİHM içtihatlarına ters düşmektedir. Yine bireysel başvurulara bakmakla görevli uzmanlaşmış bir dairenin kurulmamış olması ve bireysel başvurulara

⁵⁷⁴ Tunç, s. 119. Anayasa Mahkemesi hakkında kabul edilen 6216 sayılı Kanun'da bireysel başvurularla ilgili konular, bu Kanun'un 45 ve 51'inci maddeleri arasında düzenlenmiştir.

⁵⁷⁵ Gören, 1995, s. 113.

⁵⁷⁶ Gören, 1995, s. 118.

⁵⁷⁷ Gören, 1995, s. 119.

⁵⁷⁸ Bireysel başvuru hakkının tanındığı Almanya, Avusturya, İspanya gibi birçok Avrupa ülkesinde, bireysel başvuru hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki temel hak ve özgürlükler ile sınırlandırılmamıştır. Kaboğlu, 1994, s. 62-63.

bakacak Mahkeme üyelerinde belirli niteliklerin aranmamış olmasının bireysel başvuru yolunun, bireylerin haklarını korumada etkili bir güvence olması niteliğinin önüne geçebileceği ifade edilmiştir.⁵⁷⁹

Ayrıca Anayasa’da düzenlenmemiş bile olsa ülkemiz yönünden bağlayıcı olan uluslararası sözleşmelerde yer alan temel hak ve özgürlükler için de Anayasa’nın 90/son fıkrası uyarınca bireysel başvuruların yapılabileceği ifade edilmiştir.⁵⁸⁰ Anayasa’nın 90/son fıkrası insan haklarına ilişkin uluslar arası sözleşmelerle kanunlar arasında bir çatışma çıkması durumunda, hangi normun uygulanması gerektiğini belirten ve bu durumda sözleşme hükümlerinin uygulanacağını belirten bir hükümdür. Bu fıkra ilgili sözleşmelerde geçen özgürlükleri Anayasa’da düzenlenen bir temel hak niteliğine ise getirmemektedir. Bu nedenle Anayasa’da düzenlenmemiş olan bir hak ve özgürlüğün, ülkemizin tarafı olduğu insan haklarına ilişkin bir sözleşmede düzenlenmesinin, bu hak için bireysel başvuru hakkını tanımadığını kabul etmek gerekir. Ancak uluslararası sözleşmelerin temel hak ve özgürlükleri kanunların üstünde ve Anayasa hükmü niteliğine getirdiği şeklindeki görüşler doğrultusunda, bu sözleşmelerdeki temel hak ve özgürlüklerin de bireysel başvuru hakkı kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Ayrıca bireysel başvurulara karşı itiraz yolu, itirazın yöntem ve koşulları ve bireysel başvurunun düzenlenmesine ilişkin Anayasa’da hiçbir ilke ve ölçütün olmamasının, bireysel başvurunun yeterli Anayasal güvenceden yoksun olduğu şeklinde yorumlanmıştır.⁵⁸¹

2010 yılında yapılan değişikliklerle Anayasa’nın 148’inci maddesindeki “*Yüce Divan kararları kesindir*” şeklindeki beşinci fıkra “*Yüce Divan kararlarına karşı yeniden inceleme başvurusu yapılabilir. Genel Kurulun yeniden inceleme sonucunda verdiği kararlar kesindir.*” şeklinde değiştirilmiştir. (5982 sk. m. 18) Anayasa Mahkemesi’nin Yüce Divan sıfatıyla “*kesin olarak*” verdiği kararların yargılananlar için yeteri kadar güvenceli olmaması nedeniyle hukuk devletiyle tam anlamıyla bağdaşmadığı iddia edilmişti.⁵⁸² Bu nedenle Anayasa Mahkemesi’nin Yüce Divan sıfatıyla vermiş olduğu kararlara karşı kanun yolunu açan bu değişiklik, Yüce Divan yargılamaları için daha adil ve güvenceli bir yargılama usulü kabul etmiş ve hukuk devleti ilkesine uygun bir düzenleme getirmiştir. Yine Anayasa Mahkemesi’nin vermiş olduğu Yüce Divan kararlarına karşı kanun yoluna başvuru yolunun açılmasının eşitlik ilkesine de uygun olduğu ifade edilmiştir.⁵⁸³

⁵⁷⁹ Kaboğlu, 2010, s. 251. Ancak görevi bireysel başvurulara bakmak olan bölümlerin zamanla bu uzmanlaşma eksikliğini giderebileceği de düşünülebilir (6216 sk. m. 2, 49).

⁵⁸⁰ <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=3783>. 01. 04. 2011.

⁵⁸¹ <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=3783>. 01. 04. 2011.

⁵⁸² Öztürk; Erdem, s. 1076.

⁵⁸³ www.anayasa.gen.tr/derdiman-5982.htm. 14. 03. 2011.

2010 yılında Anayasa'nın 148'inci maddesinde yapılan değişikliklerle, bu maddenin altıncı fıkrasındaki “*Cumhurbaşkanını,*” sözcüğünden sonra gelmek üzere “*Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanını*” ibaresi eklenmiş; böylece Anayasa Mahkemesi'nin Yüce Divan olarak yargılayacağı kimseler arasına TBMM Başkanı da girmiştir (AY m. 148/3). Ayrıca Anayasa'nın 148'inci maddesine yedinci fıkra olarak: “*Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ile Jandarma Genel Komutanı da görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divanda yargılanırlar.*” hükmü eklenmiştir. Anayasa'da yapılan bu değişikliğe göre de artık Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz, Hava Kuvvetleri Komutanları ile Jandarma Genel Komutanı'nın görevleri nedeniyle işledikleri suçlara, Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi'nde bakılacaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin Yüce Divan sıfatıyla yargılayacağı kişilerin sayısını arttırarak, Mahkeme'nin görev alanını genişleten bu değişiklikler hukuk devletiyle doğrudan ilgili değildir. Hukuk devletinde yargılama için asıl önemli olan bütün idari işlem ve eylemler için yargı yolunun açık olması ve adil bir yargılama sonucunda ilgili kişilerin cezai, hukuki ve mali sorumluluğuna gidilebilmesidir. Yargılamayı yapacak olan mahkemenin sıfatı (Danıştay, Yargıtay veya Anayasa Mahkemesi vs.) ise hukuk devletinin zorunlu bir gereğiyle ilgili değildir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin 2010 değişikliklerinden sonra oluşan yeni yapısında en fazla sekiz üyenin hukukçu olma zorunluluğu bulunmakta ve bu hukukçu üyelerin de ne kadarının ceza hukukçusu olacağına belirsiz olması karşısında, Yüce Divan yargılamasının Anayasa Mahkemesi'nde yapılması yerine, konunun asıl uzmanı olan Yargıtay'a verilmesinin daha uygun olacağı ifade edilmiştir.⁵⁸⁴ Bir ceza davası niteliğinde olan Yüce Divan yargılamasının, konunun uzmanı olan mahkeme ve hakimler tarafından gerçekleştirilmesi, kanımızca da hukuk devleti ilkesi açısından tercih edilir bir düzenlemedir.

2010 yılında 1982 Anayasası'nda yapılan değişikliklerle Anayasa Mahkemesi'nin çalışma ve yargılama usulünü düzenleyen 149'uncu maddesi yeniden kaleme alınmıştır. Buna göre 149'uncu maddenin birinci fıkrası şöyledir: “*Anayasa Mahkemesi, iki bölüm ve Genel Kurul halinde çalışır. Bölümler, başkanvekili başkanlığında dört üyenin katılımıyla toplanır. Genel Kurul, Mahkeme Başkanının veya Başkanın belirleyeceği başkanvekilinin başkanlığında en az oniki üye ile toplanır. Bölümler ve Genel Kurul, kararlarını salt çoğunlukla alır. Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemesi için komisyonlar oluşturulabilir.*” (5982 sk. m. 19). Anayasa Mahkemesi'ni bölümler ve genel kurul olmak üzere ikiye ayıran ve bunların toplantı ve karar yeter sayıları ile çalışma usullerini belirleyen bu değişiklikler hukuk devletinin zorunlu gereklerinden değildir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin bölümlere

⁵⁸⁴ <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=3783>. 01. 04. 2011.

ayrılmasının Mahkeme'nin çalışması açısından daha yararlı olacağı da ifade edilmiştir. Dolayısıyla bu değişiklik Anayasa Mahkemesi'nin çalışma koşullarını iyileştirip, daha çabuk, doğru ve adil karar vermesini sağladığı ölçüde dolaylı olarak hukuk devleti ilkesine de katkı sağlayacaktır. Buna karşılık bölümlerin kaçır kişiden oluşacağı ve üyelerin bu dairelere atanma usulü gibi konuların güvenceli bir şekilde Anayasa'da düzenlenmesi yerine, ilgili kanuna ve Anayasa Mahkemesi'nin içtüzüğüne bırakılmasının maddenin düzenlemesi açısından eksiklik olduğu görüşü ileri sürülmüştür.⁵⁸⁵

2010 değişiklikleriyle Anayasa'nın 149'uncu maddesinin ikinci fıkrası şu şekilde yeniden düzenlenmiştir: "*Siyasî partilere ilişkin dava ve başvurulara, iptal ve itiraz davaları ile Yüce Divan sıfatıyla yürütülecek yargılamalara Genel Kurulca bakılır, bireysel başvurular ise bölümlerce karara bağlanır.*" Anayasa Mahkemesi'nin genel kurul ve daireleri arasındaki iş bölümünün düzenlendiği bu maddede, bölümlerin görevinin sadece bireysel başvuruları karara bağlamak olduğu belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne verilen diğer bütün görevlere ise Genel Kurulca bakılacağı düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin görevlerinin bölümler ve Genel Kurul arasında bu şekilde dengesiz olarak paylaşılmasının Mahkeme'nin çalışmasını işlevsiz hale getireceği ileri sürülmüştür. Ayrıca Anayasa'nın 69'uncu maddesinde siyasi partilerin mali denetimini yapma Anayasa Mahkemesi'nin görevleri arasında belirtilmesine rağmen; mali denetimin Genel Kurul mu yoksa daireler tarafından mı yapılacağı konusunda açık bir hüküm konulmayarak, bu konuda belirsizlik yaratılmıştır.⁵⁸⁶ Ancak siyasi partilerin mali denetiminin Genel Kurul veya daireler tarafından yapılacağına yasa ile de belirlenmesine de bir engel yoktur.⁵⁸⁷

Anayasa'da 5982 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle 149'uncu maddenin üçüncü fıkrası şu şekilde değiştirilmiştir: "*Anayasa değişikliğinde iptale, siyasî partilerin kapatılmasına ya da Devlet yardımından yoksun bırakılmasına karar verilebilmesi için toplantıya katılan üyelerin üçte iki oy çokluğu şarttır.*" (3'üncü fıkra, 5982 sk. m. 19). Anayasa'nın 149'uncu maddesinde yapılan bu değişiklikle, siyasi partilerin kapatılması konusunda gerekli karar yeter sayısı oransal olarak yükseltilmiş; bu nedenle eski hükme göre siyasi parti kapatabilme az da olsa zorlaştırılmıştır. Aynı şekilde maddede değişiklik yapılmadan önce herhangi ayrık bir hüküm belirtilmeyen ve salt çoğunlukla alınabilen devlet yardımından tamamen ya da kısmen yoksun bırakma yaptırımı, toplantıya katılanların üçte ikisinin oyu aranarak zorlaştırılmıştır.

⁵⁸⁵ <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=3783>. 02. 04. 2011. Bölümler bir başkanvekilinin başkanlığında yedi üyeden oluşan ve ilgili başkanvekili başkanlığında dört üyenin katılımıyla toplanan kurullardır (6216 sk. m. 2). Bölümlerin oluşum şekli ise Mahkeme içtüzüğüne bırakılmıştır (6216 sk. m. 22).

⁵⁸⁶ <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=3783>. 02. 04. 2011.

⁵⁸⁷ Nitekim Anayasa Mahkemesi hakkındaki 6216 sayılı Kanun ile siyasi partilerle ilgili bu tür denetimlerin Genel Kurul'un görevi içerisine girmediği belirtilmiştir (m. 21).

Anayasa’da yapılan bu değişiklikle partilerin kapatılabilmesi az da olsa zorlaştırılarak demokrasinin vazgeçilmez unsuru olan siyasi partilerin görevlerini daha endişesiz ve güvenceli olarak yapmaları sağlanmıştır. Anayasa değişikliklerinde iptal kararı vermek için gerekli olan karar yeter sayısının oransal olarak artırılmasını öngören değişiklik de tali kurucu iktidarın yetkisini genişletici bir değişikliktir.⁵⁸⁸ Siyasi partilerin siyasi hak ve özgürlüklerini (yine bu özgürlükle bağlı olan diğer özgürlüklerini, düşünce özgürlüğü gibi) belli oranda genişleten, daha rahat faaliyet göstermesini sağlayan bu değişikliği hukuk devleti açısından olumlu görmek gerekir.

2010 değişiklikleri sonucu tekrar düzenlenen 149’uncu maddeye beşinci fıkra olarak şu hüküm eklenmiştir: *Anayasa Mahkemesinin kuruluşu, Genel Kurul ve bölümlerin yargılama usulleri, Başkan, başkanvekilleri ve üyelerin disiplin işleri kanunla; Mahkemenin çalışma esasları, bölüm ve komisyonların oluşumu ve işbölümü kendi yapacağı İçtüzükle düzenlenir.* (5982 sk. m. 19) Anayasa’nın 149’uncu maddesinin beşinci fıkrasında, Anayasa Mahkemesi’nin Genel Kurul ve bölümler olarak yapılanmasına paralel olarak Genel Kurul ve bölümlerin kuruluşu ile yargılama usullerinin ve Başkan, başkan vekili ve üyelerinin disiplin işlemlerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Yine Anayasa Mahkemesi’nin kendi içtüzüğü ile belirleyebileceği hususlar maddede düzenlenmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi Başkanı, başkanvekilleri ve üyelerinin disiplin işlemlerinin kanunla düzenleneceğinin belirtilmesine rağmen; Mahkeme üyelerinin özlük işleri ile ilgili konuların madde kapsamına alınmamasının yargıçlık güvencesi açısından bir eksiklik olduğu belirtilmiştir.⁵⁸⁹

Anayasa’da 5982 sayılı Kanunla 149’uncu maddede yapılan değişikliklerle son fıkra şu şekilde olmuştur: *“Anayasa Mahkemesi Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalar dışında kalan işleri dosya üzerinde inceler. Ancak, bireysel başvurularda duruşma yapılmasına karar verilebilir. Mahkeme ayrıca, gerekli gördüğü hallerde sözlü açıklamalarını dinlemek üzere ilgilileri ve konu üzerinde bilgisi olanları çağırabilir ve siyasî partilerin kapatılmasına ilişkin davalarda, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısından sonra kapatılması istenen siyasî partinin genel başkanlığının veya tayin edeceği bir vekilin savunmasını dinler.”* (5982 sk. m. 19). Anayasa’nın 149’uncu maddesinin son fıkrası büyük oranda eski düzenlemeyi tekrar etmektedir. Bu fıkradaki anlam olarak tek değişiklik ise 2010 değişiklikleri ile Anayasa Mahkemesi’ne görev olarak tanınan bireysel başvuru yolunda da duruşma yapılabileceğinin

⁵⁸⁸ www.anayasa.gen.tr/derdiman-5982.htm. 02. 04. 2011.

⁵⁸⁹ <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=3783>. 02. 04. 2011. Anayasa Mahkemesi’nin Başkan ve üyeleri hakkındaki disiplin ve bu kişiler hakkındaki araştırma ve soruşturma işlemleri 6216 sayılı Kanunun 16 ve 19’uncu maddeleri arasında düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin üyelerine ilişkin mali, sosyal ve diğer haklar ise 6216 sayılı Kanunun 68 ve devamındaki maddelerinde düzenlenmiştir.

öngörülmesidir. Eski düzenlemeyi nitelik olarak tekrar eden bu değişiklik hukuk devletiyle ilgili önemli bir yenilik getirmemiştir.

1982 Anayasası'nın 156'ncı maddesinin son fıkrası 2010 Anayasa değişiklikleri ile şu şekilde değiştirilmiştir. "*Askerî Yargıtay'ın kuruluşu, işleyişi, mensuplarının disiplin ve özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.*" (5982 sk. m. 20). Anayasa'nın Askeri Yargıtay'ı düzenleyen bu maddesinde yapılan değişiklikle "*askeri hizmetlerin gerekleri*" Askeri Yargıtay'ın kanunla düzenlenmesinde bir ölçüt olmaktan çıkartılmıştır. Yüksek bir yargı organı olan Askeri Yargıtay'ın kuruluşu, işleyişi, disiplin ve özlük işlemlerinin kanunla düzenlenmesi, hukuk devletinin gereği olan mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı gibi yargısal ilkelere göre gerçekleştirilmesi gerekir. Askeri hizmetlerin gereği ölçütü ise yargı organlarının düzenlenmesinde –bu yargı organları askeri nitelikte olsa dahi- uygun bir ölçüt değildir. Nitelik olarak idari hizmetlerden olan askeri hizmetler, yargısal nitelikli hizmetlerden tamamen farklıdır. Örneğin askeri hizmetlerin gerekleri olan katı bir disiplin ve hiyerarşinin, yargısal alanda da geçerli olması hakim güvencesine ve mahkemelerin bağımsızlığı ilkelerine aykırı sonuçlar doğurabilecektir. Bu nedenle yargısal konuların kanunla düzenlenmesinde askeri hizmetlerin gerekleri ölçütünün kullanılmasının hakim bağımsızlığını zayıflatacağı ifade edilmiştir.⁵⁹⁰ Dolayısıyla Askeri Yargıtay'ın düzenlenmesinde idari hizmetlerin gerekleri ölçütünün maddeden çıkartılması hukuk devletine ivme kazandıracak bir değişikliktir.⁵⁹¹

1982 Anayasası'nda 2010 yılında yapılan değişikliklerle Askeri Yüksek İdare Mahkemesini düzenleyen Anayasanın 157'nci maddesinin son fıkrası da aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir. "*Askerî Yüksek İdare Mahkemesinin kuruluşu, işleyişi, yargılama usulleri, mensuplarının disiplin ve özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.*" (5982 sk. m. 21). Anayasa'da yapılan bu değişiklikle de Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin kuruluş, işleyiş, yargılama usulleri, mensuplarının disiplin ve özlük işlerinin kanunla düzenlenmesinde bir ölçüt olan "*askerlik hizmetlerinin gerekleri*" maddeden çıkartılmıştır. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi de tıpkı Askeri Yargıtay gibi yüksek bir yargı organı olup, kanunla düzenlenmesinde yargısal ilkeler esas alınmalıdır. Bu nedenle askeri hizmetlerin gerekleri ölçütünün bu mahkemelerin düzenlenmesinde bir ölçüt olmaktan çıkarıldığı 2010 Anayasa değişiklikleri hakimlik güvencesi, mahkemelerin bağımsızlığı ilkelerini ve dolayısıyla da hukuk devleti ilkesini güçlendirecektir.

⁵⁹⁰ Kardaş, s. 46.

⁵⁹¹ www.anayasa.gen.tr/derdiman-5982.htm. 14. 03. 2011.

Anayasa Mahkemesi de 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu bir kararında Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nde görev yapan hakimlerle ilgili konuların düzenlenmesinde askeri hizmetlerin gerekleri ölçütünün dikkate alınmasını aynı şekilde değerlendirmişti. Buna göre Anayasa Mahkemesi: “...*Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin hakim sınıfından olmayan başkan ve üyeleri için yükselme ve sicil işlemleri konusunda öngörülen yöntemi Anayasanın mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı ilkeleriyle bağdaşturmaya olanak yoktur. “Askerlik hizmetlerinin gerekleri” ne denli ağır basarsa bassın, bu durumun mahkemelerin bağımsızlığını ve hakimlik teminatını zedelemesine bir hukuk devletinde göz yumulamayacağı ortadadır.*”⁵⁹² şeklinde karar vermişti. Böylece Anayasa Mahkemesi Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nde hakim sınıfından olmayan başkan ve üyeler için, askeri hizmetlerin gerekleri ölçütünün gözetilmesinin, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatına aykırı olacağı yönünde karar vermişti. Bu karardan Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi gibi askeri niteliği olan bütün mahkemelerin kanunla düzenlenmesinde, askeri hizmetlerin gereklerinin bir ölçüt olarak kullanılmamasının yargı bağımsızlığı, hakim güvencesi ve hukuk devleti açısından gerekli olduğu sonucu çıkarılabilir.

Hakimlerin adalet dağıtmak görevlerini yerine getirebilmesi, kararlarını verirken özgür olmalarına ve hiçbir baskı ve etki altında kalmadan karar vermelerine bağlıdır. Hakimlerin bağımsızlığı ilk önce taraflar karşısında olmalıdır. Buna hakimin maddi veya ekonomik bağımsızlığı da denebilir. Hakimler ayrıca yasama organına karşı da bağımsız olmalıdırlar. Yasama organı hakimlerin kararlarına karışmamalı ve bunların infazını engellememelidir. Hakimlerin bağımsızlığı için asıl önemli nokta ise yürütme organı karşısındaki bağımsızlıklarıdır. Hakimlerin bağımsızlığına karşı daima en büyük tehdit yürütme organından gelmiştir. Hukuk devleti ilkesinin gelişmediği bir toplumlarda ise yürütme organından hakimlere baskı gelmesi ihtimali her zaman daha fazladır. Yürütme organına karşı ve genel olarak hakim bağımsızlığını sağlamanın hukuki aracı ise hakim güvencesi olarak adlandırılmaktadır.⁵⁹³ Hakim güvencesi hakimlere tanınan bir ayrıcalık değil, yargı görevinin bağımsız olarak yerine getirilmesinin ön koşuludur. Hakimlik güvencesi ile yargı bağımsızlığı sözde kalmayıp, hukuki düzenlemelerin ötesine geçebilecektir. Hakimler bu güvenceler sayesinde görevlerinin her türlü maddi ve manevi baskıdan uzak olarak huzur ve sükun içinde yerine getirebilecek; parasız kalma, isten atılma, başka yere sürülme gibi korkular

⁵⁹² Anayasa Mahkemesinin E. 1975/159, K. 1975/216, kt. 18.12.1975, (Aktaran) Küçük, s. 430. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda tam tersi doğrultuda vermiş olduğu kararlar da bulunmaktadır. Bu yöndeki kararlar için Bkz. (Aktaran) Küçük, s. 130-131.

⁵⁹³ Kardaş, s. 13-14.

yaşamayacaklardır.⁵⁹⁴ Hakim güvencesinin sağlanmadığı bir toplumda ise mahkemelerin bağımsızlığından bahsetmek zor, hatta imkansızdır.

Yargı bağımsızlığını hayata geçmesini sağlayacak olan hakim güvencesinin amaçlarına uygun bir şekilde gerçekleştirilmesi için en pratik sorun ise hakim ve savcılarının tayin terfi, nakil, denetim ve disiplin gibi özlük işlerinin yapılacağı organın niteliğidir. Bu işlerin yürütme organına bırakılması durumunda, hakim güvencesinin değer ve etkinliğinin büyük ölçüde yitirilmesi olasıdır. Bu amaçla hakim ve savcılarının özlük işlerini yapmak, hakim ve savcı güvencesini ve mahkemelerin bağımsızlığını sağlamak için 1982 Anayasasında, HSYK adında bağımsız bir Kurul öngörülmüştür. Bu, Kurul adli ve idari yargı hakim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma gibi işlemleri yapan (AY m. 159/8) bir kurum niteliğindedir.⁵⁹⁵

Yargıçların özlük işlerini görmek ve hakim güvencesini sağlamak amacıyla bağımsız bir kurul oluşturulması 1961 Anayasası ile hukukumuzda girmiştir. Yargıçların bütün özlük işlerinin görülmesi amacıyla 1961 Anayasası ile Yüksek Hakimler Kurulu kurularak, Adalet Bakanlığı'nın yargıçların özlük işleri hakkında karar verme yetkisine son verilmiştir. Bu şekilde yargıç güvencesi ve mahkemelerin bağımsızlığı için önemli bir adım atılmıştı. 1982 Anayasası'nda ise Kurulun yapısında değişikliğe gidilmiştir. Kurulun adı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) olarak değiştirilmiş, HSYK'nın görevleri arasına savcılarının özlük işleri alınmış, yine Kurulun görevleri arasına adli yargının yanı sıra yönetsel yargı hakim ve savcıları da dahil edilmiştir. Adalet Bakanı Kurulun başkanı, Adalet Bakanı müsteşarı ise doğal üyesi olmuştur.⁵⁹⁶ HSYK hakkında 1982 Anayasası'nın ilk şeklinde yer alan bu düzenlemeler çeşitli tartışmalara neden olmuştu. HSYK'nın bileşim ve işleyişine ilişkin kuralların hakimlik teminatını gerçekleştirmek için uygun olmadığı, yargıyı yürütmenin etki ve tasarrufuna açık hale getirdiği ve yürütmeyi yargıçların özlük işleri ve mesleki faaliyetleri üzerinde söz sahibi kıldığı gibi görüşler ileri sürülmüştür.⁵⁹⁷

Hakim ve savcı güvencesini sağlamasında ve hukuk devletinin gerçekleşmesinde önemli işlevler üstlenen HSYK'yı düzenleyen, Anayasa'nın 159'uncu maddesinde 5982 sayılı

⁵⁹⁴ Gözler, 2010, s. 389.

⁵⁹⁵ Özbudun, 2003, s. 360. Hakim ve savcılarının atanmasını bağımsız bir kurum tarafından yapılmadığı ülkeler de vardır. Bu ülkelere örnek olarak ABD, Almanya, İngiltere, Japonya, Norveç gibi ülkeler verilebilir. Gözler, 2010, s. 390.

⁵⁹⁶ Gözübüyük, 2003, s. 271.

⁵⁹⁷ Sancar, s. 185.

Kanunla köklü değişiklikler yapılmıştır.⁵⁹⁸ Bu Kanunla yapılan değişikliklerle ilk olarak Kurulun üye sayısı değiştirilmiştir (5982 sk. m. 22). Buna göre yedi asıl üye ve dört yedek üyeden oluşan Kurulun üye sayısı yirmi iki asıl ve on iki yedek üyeye çıkartılmıştır. Yine HSYK'nın üç daire şeklinde çalışacağı yeni getirilen düzenlemeler arasındadır (AY m. 159/2). Eskiden olduğu gibi Adalet Bakanı Kurulun başkanı, Adalet Bakanı Müsteşarı da doğal üyesidir. 159'uncu maddenin yeni şekline göre, Cumhurbaşkanı Kurulun dört üyesini yükseköğretim kurumlarının hukuk dalında görev yapan öğretim üyeleriyle, avukatlar arasından doğrudan seçebilecektir. Geri kalan üyelerden ise üç asıl ve üç yedek üye Yargıtay üyeleri arasından Yargıtay Genel Kurulunca, iki asıl ve iki yedek üye Danıştay üyeleri arasından Danıştay Genel Kurulunca, bir asıl ve bir yedek üye Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulunca kendi üyeleri arasından, yedi asıl ve dört yedek üye birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adlî yargı hâkim ve savcılar arasından adlî yargı hâkim ve savcılarınca, üç asıl ve iki yedek üye de birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idarî yargı hâkim ve savcılar arasından idarî yargı hâkim ve savcılarınca, dört yıl için seçilecekler (AY m. 159/3).

HSYK'nın hakim ve savcı güvencesi ve mahkemelerin bağımsızlığı amaçlarını sağlayabilmesi Kurul üyelerinin seçim yöntemine de büyük oranda bağlıdır. Kurul üyelerinin seçiminde uygulanan yöntemlerden birisi, üyelerin yargı organları tarafından (kooptasyon usulü) seçilmesidir. Kurul üyelerinin yargı organları tarafından seçilmesi, HSYK'nın yasama ve yürütme organları karşısındaki bağımsızlığını en ileri noktaya taşır. Ancak hakimlerin, hakimler tarafından seçilmesi ve bütün özlük işlemlerinin hakimler tarafından yürütülmesinin bir yargı teknokrasisinin oluşmasına ve yargı organının toplumdaki değişmelere karşı duyarsız kalmasına neden olacağı savunulmuştur. Üstelik bu sistemin dolaylı ya da dolaysız olarak milli iradeye dayanmamasının, milli egemenlik ve demokrasi ilkelerine de uygun düşmediği ileri sürülmüştür. Bu nedenle kooptasyon sisteminin saf bir şekilde uygulanmasının günümüzde çok dar bir alanda mümkün olmaktadır.⁵⁹⁹ Kooptasyon sisteminin aksine, HSYK üyelerinin tamamen yasama ve yürütme organı tarafından atanması ise bu Kurulun yasama ve yürütme organı karşısında bağımsız hareket edebilmesine engel olabilecek, yargıyı özellikle yürütmenin etkilerine açık bırakarak hakim güvencesi ile mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi zedelenebilecektir.⁶⁰⁰

⁵⁹⁸ Anayasa'da HSYK ile ilgili yapılan 2010 Anayasa değişiklikleri ile uyumlu olarak 11.12.2010 tarih ve 6087 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu yürürlüğe girmiştir.

⁵⁹⁹ Özbudun, s. 361.

⁶⁰⁰ Ancak HSYK gibi kurulların üyelerinin bir kısmının hatta tamamının yasama ve yürütme organları tarafından seçilmesinin yargı bağımsızlığı konusunda herhangi bir sorun yaratmayacağı, hatta demokratik ilkeler açısından

Hakim ve savcıların özlük işlerini yapmakla görevli olan kurumlara başka ülkelerde yürütme ve yasama organlarının üye seçilebilmektedir. Örneğin Fransa’da Hakimlik Yüksek Konseyi hakimler tarafından seçilen beş üye, bir savcı, bir Danıştay üyesi, bir avukat ve yasama, yargı ve idare mensubu olmayan altı kişiden oluşur. Bu altı kişiden ikisi Cumhurbaşkanı, ikisi millet meclisi başkanı, ikisi Senato başkanı tarafından seçilir. Yine İspanya’da Yargı Kuvveti Genel Konseyi’nin yirmi bir üyesinden on ikisi hakimler arasından ve hakimler tarafından, dördü Meclis, Dördü Senato tarafından seçilir; Yargıtay başkanı kurulun başkanıdır.⁶⁰¹ Görülmektedir ki HSYK’ya yürütme organı veya yasama organı tarafından üye seçilmesi diğer başka ülkelerde de mümkün olabilmekte ve yasama ve yürütme organlarının bu tür kurullara üye seçebilmesi kesin olarak hakim ve savcı güvencesi ve yargı bağımsızlığı ilkelerine aykırılık oluşturmamaktadır. Yine yürütme ve yasama organı tarafından atanan üyelerin HSYK’deki oranı da hakim ve savcı güvencesi açısından önemlidir. Bunun dışında HSYK gibi kurullara yürütmenin üye seçmesi yürütmenin yargıya karışmaması geleneğinin tam olarak oluşmadığı ülkelerde önem arz eder.⁶⁰² Bu nedenle HSYK gibi kurullar hakkındaki düzenlemelerin, hakim ve savcı güvencesi açısından sakıncalar doğurabilmesi, hukuk dışı bir takım faktörler nedeniyle de mümkündür.

Bu görüşler ışığında HSYK’nın yeni yapısının, hakim ve savcı güvencesi ve yargı bağımsızlığı açısından ne ifade ettiğini ve HSYK’nın eski şekline göre yargı bağımsızlığının hangi noktada olduğu sorgulanabilir. Öncelikle Adalet Bakanı ve müsteşarının HSYK’nın yapısında yeniden yer aldığı görülmektedir. Bu nedenle eski madde döneminde bu durumun Kurulu iktidarın etkilerine açık hale getirdiğine yönelik eleştiriler⁶⁰³, HSYK’nın yeni yapısı için de geçerlidir. Buna karşılık HSYK’nın eski yapısının yürütme organına bağlı olarak oluşturduğu gerekçesi ile Kurulun yürütmenin etkilerine açık hale geldiği şeklindeki eleştirinin ise⁶⁰⁴, 159’uncu maddenin yeni düzenlemesi için geçerli olduğunu söylemek pek mümkün değildir. Zira Kurul’un Cumhurbaşkanı tarafından atanan dört asıl ve Adalet Bakanlığı’na bağlı bir kurum olan Adalet Yüksek Akademisi tarafından seçilen bir asıl ve bir yedek üyesi - ve Adalet Bakanı ile müsteşarı- dışındaki bütün üyeleri yüksek yargı organları ya da adli-idari

daha uygun olacağı söylenmiştir. Gözler, 2010, s. 392. Buna karşılık hukuk devleti ilkesinin tam olarak oturmadağı ülkelerde yasama ve yürütmenin HSYK üyelerinin tamamını seçmesinin yargı bağımsızlığı açısından sorunlar yaratması her zaman olasıdır.

⁶⁰¹ Gözler, 2010, s. 391.

⁶⁰² Gözübüyük, 2003, s. 269.

⁶⁰³ Sancar, s. 152. Yeni düzenlemeyle de benzer şekilde HSYK’da Adalet Bakanı’nin etki ve nüfusunun devam edeceği söylenmiştir. Kaboğlu, 2010, s. 273. Buna karşılık Adalet Bakanı’nin böylesine genişletilmiş Kurul’da bulunmasının hiçbir sakıncası olmadığı hatta yerinde olduğu; aynı şekilde Adalet Bakanı müsteşarının da Kurul’da yer almasının yararlı olacağı söylenmiştir. www.anayasa.gen.tr/derdiman-5982.htm. 05. 04. 2011. Ayrıca Adalet hizmetlerinin yürütülmesinden TBMM’ye karşı sorumlu olan Adalet Bakanı’nin HSYK içinde yer almasının yerinde olduğu ifade edilmiştir. Gözler, 2010, s. 392.

⁶⁰⁴ Sancar, s. 185.

hakim ve savcılar tarafından seçilmektedir. Yürütme organından gelen üyelerin oransal olarak azaltılması ve yargı organından gelen üyelerin artırılması nedeniyle, HSYK'nın yeni yapısının yürütmenin etkilerine, öncesine göre daha kapalı olduğu ve hakim ve savcı güvencesi ve yargı bağımsızlığı açısından daha ileri olduğu söylenebilir. Gerçi önceki düzenleme döneminde de Cumhurbaşkanı tarafından atanan üyeler Yargıtay ve Danıştay üyeleri arasından kendi Genel Kurullarınca seçiliyordu; ancak Cumhurbaşkanı'nın üç üyeden birini seçme konusunda takdir hakkı söz konusuydu. Dolayısıyla yürütme organının (Cumhurbaşkanı'nın) HSYK'nın bu üyelerini hukuksal açıdan etkileme olanağı mevcuttu.⁶⁰⁵

Bundan başka HSYK'nın eski yapısının çoğulcu demokratik ilkelere uygunluk yönünden sorunlu olduğu da söylenmişti. Eski sistemde Kurula seçimle gelen üyeler Yargıtay ve Danıştay'ın çoğunluğunun oylarıyla geldikleri için HSYK'nın, Danıştay'a ve Yargıtay'a atayacağı üyelerin de kendilerine yakın görüşte olanlardan seçilmesinde çok fazla etkili olduğu söylenmişti. Bu durumun ise hâkimlerin HSYK'daki seçilmiş üyelerin eğilimlerine uymaya çalışmaları ihtimalini yükselttiği ve yine mahkeme kararlarının değişen toplumsal şartlara göre verilmesinden çok, yüksek mahkemelerin yerleşik içtihatlarına göre verilmesi eğilimini arttırdığı söylenmiştir. Böylece HSYK'nın yapısında bir kast sistemi oluşmakta ve bu sistem yüksek yargı organlarını etkileyerek hukukun gelişmesinden çok yerinde saymasına neden olmaktadır. HSYK'nın yeni yapısında ise üye sayısının artırılarak adli ve idari bütün hakim ve savcılara HSYK üyelerini seçim hakkı tanınmasının, çoğulcu demokrasiye daha uygun olacağı ifade edilmiştir.⁶⁰⁶

Ancak HSYK'nın yeni yapısına yönelik olarak çeşitli eleştiriler de yöneltilmiştir. Buna göre HSYK'nın üç daireden oluşacağını belirtilmiş olmasına rağmen; dairelerin nasıl ve kaçar kişiden oluşacağı, bunların aralarındaki işbölümün hangi ölçütlere göre belirleneceği, müsteşarın bu dairelerde görev alıp almayacağı ya da hangisinde görev alacağı, dairelerin toplantı ve karar yeter sayıları, çalışma yöntem ve usulleri ile kararlarına yapılacak itirazlar gibi konuların Anayasa'da açık bir şekilde düzenlenmemesinin yerinde olmadığı şeklinde düşünceler ileri sürülmüştür.⁶⁰⁷ Bu tür konuların Anayasa'da düzenlenmesi, bu Kurulun

⁶⁰⁵ Ancak HSYK'nın yapısında daha önce iki olan yürütme kökenli üye sayısının, Anayasa değişikliği ile altıya çıkmasının, HSYK üzerinde yürütmenin etkisinin ileri düzeyde arttırdığı ileri sürülmüştür. Kaboğlu, 2010, s. 273. Bu görüş yürütme organından gelen üyelerin nicelik olarak artışını esas almakta; buna karşılık yürütme ve yargıdan gelen üyeler arasındaki oransal farklılığı dışlamaktadır.

⁶⁰⁶ www.anayasa.gen.tr/derdiman-5982.htm.1. 04. 2011. Kaboğlu, 2010, s. 273.

⁶⁰⁷ <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=3783>. 10. 04. 2011. HSYK hakkındaki 6087 sayılı Kanuna göre Adalet Bakanı müsteşarı HSYK'nın birinci dairesinde görevli olacak (m. 8) ve kurulun oluşumu ve üyelerin seçimine ilişkin hususlar yine 6087 sayılı Kanunun 8'nci maddesine göre belirlenecektir. Dairelerin toplantı ve karar yeter sayıları 6087 sayılı Kanunun 30'uncu maddesinde, oylama 31'inci maddesinde, Genel Kurul ve dairelerin kararlarına karşı tekrar inceleme ve itiraz gibi hususlar ise Kanunun 33'üncü maddesinde yer almıştır.

görevlerini daha bağımsız ve güvenceli bir şekilde yapmasını sağlaması ve yargı bağımsızlığı açısından önem taşımaktadır. Yine HSYK'da görev yapan yargıç ve savcılar açısından Anayasa'nın 140'ncı maddesinin altıncı fıkrasındaki “*yargıç ve savcılarının idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığı'na bağlı oldukları*” şeklindeki hükmün Anayasa'nın 144'ncü maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde, HSYK içindeki görevler “*idari görev*” niteliğinde kabul edilip, birinci sınıf yargıç ve savcılarının HSYK içinde bir denetime, inceleme ve soruşturmaya tabi tutulabileceği ifade edilmiştir. Böyle bir durumda ise HSYK denetime açılarak, hakimlik güvencesine ve yargı bağımsızlığına aykırılıklar oluşabilecektir.⁶⁰⁸

Anayasa'nın 2010 değişiklikleri ile değiştirilen 159'uncu maddenin dördüncü fıkrası şu şekildedir: “*Kurul üyeliği seçimi, üyelerin görev süresinin dolmasından önceki altmış gün içinde yapılır. Cumhurbaşkanı tarafından seçilen üyelerin görev süreleri dolmadan Kurul üyeliğinin boşalması durumunda, boşalmayı takip eden altmış gün içinde, yeni üyelerin seçimi yapılır. Diğer üyeliklerin boşalması halinde, asıl üyenin yedeği tarafından kalan süre tamamlanır.*” (5982 sk. m.22). HSYK üyelerinin seçim süresinin dolması ve Kurul üyeliklerinin boşalması durumunda hangi süre içinde bu üyeliklere seçim yapılacağı veya yedek üyelerin asılların yerine göreve devam etmesine ilişkin bu fıkra hukuk devletiyle doğrudan ilgili değildir.

5982 sayılı Kanunla yeniden düzenlenen 159'uncu maddenin beşinci fıkra hükmü “*Yargıtay, Danıştay ve Türkiye Adalet Akademisi genel kurullarından seçilecek Kurul üyeliği için her üyenin, birinci sınıf adli ve idari yargı hâkim ve savcılarının arasından seçilecek Kurul üyeliği için her hâkim ve savcının, oy kullanacağı seçimlerde, en fazla oy alan adaylar sırasıyla asıl ve yedek üye seçilir. Bu seçimler her dönem için bir defada ve gizli oyla yapılır.*” (5982 sk. m. 22) şeklindedir. Bu fıkrada HSYK üyelikleri için Yargıtay, Danıştay ve Türkiye Adalet Akademisi'nin her bir üyesiyle, bütün adli ve idari yargı hakim ve savcılarının oy kullanabileceği ve seçimler sonucu kimlerin HSYK üyesi olabileceğini hüküm altına alınmıştır. Bu fıkraya karşılık gelen eski düzenlemede ise Cumhurbaşkanı ilgili kurumlarca her boş üyelik için gösterilen üçer aday arasından herhangi bir üyeyi –en az üye alan aday dahil- Kurul üyeliğine seçebiliyordu. Bu değişiklik sonucu ise en fazla oyu alan adayların sırasıyla asıl ve yedek üye olması öngörülmüş ve eskisine göre daha yerinde bir düzenleme kabul edilmiştir. Böylece yargı organları tarafından gösterilen adaylar doğrudan HSYK üyesi seçilebilecek ve bu konuda yürütme organının, HSYK üyelerinin göreve başlaması konusunda

⁶⁰⁸ <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=3783>. 10. 04. 2011.

etkide bulunma olanağı kalkacaktır. Dolayısıyla yeni düzenleme bu özelliği nedeniyle hakimlik güvencesi ve yargı bağımsızlığı açısından nispi olarak daha ileridedir.

2010 yılında değiştirilen 159'uncu maddenin altıncı fıkrası şu şekildedir: *“Kurulun, Adalet Bakanı ile Adalet Bakanlığı Müsteşarı dışındaki asıl üyeleri, görevlerinin devamı süresince; kanunda belirlenenler dışında başka bir görev alamazlar veya Kurul tarafından başka bir göreve atanamaz ve seçilemezler.”* (5982 sk. m. 22). Altıncı fıkrayla HSYK üyelerinin asıl görevleri dışındaki yapabilecekleri görevlerin kanunla belirleneceğini; HSYK üyelerinin bu kanunda belirtilmeyen bir görev üstlenemeyeceği belirtilmiştir. HSYK üyelerinin görevlerini yaparken başka görevler yapabilmesi; örneğin yasama, yürütme ve diğer kişi ve kurumlardan görev alması, HSYK üyelerinin görevlerini yasama, yürütme ve özellikle de iş çevrelerine karşı bağımsız bir şekilde yapmasına engel olabilecek ve yargı bağımsızlığı açısından olumsuz sonuçlar doğurabilecektir.⁶⁰⁹ Bu nedenle 159'uncu maddenin altıncı fıkrasıyla Kurul üyelerinin başka görevler almasının kanunla düzenleneceğinin belirtilmesi mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik güvencesi açısından olumlu bir düzenleme olmuştur. Ancak fıkranın Kurul üyesi olan Adalet Bakanı müsteşarını kapsamaması bir eksiklik olarak nitelendirilebilir. Ayrıca HSYK üyelerinin görev süresinin dolmasıyla birlikte hangi görevleri yapacağını da Anayasa'da kanunla düzenlenecek hususlar arasında yer almasının, HSYK üyelerine ilişkin görevlerinden sonrasına ilişkin olarak güvenceler sağlanması nedeniyle hakim güvencesi açısından daha yararlı olabileceği ifade edilmiştir.⁶¹⁰

Anayasa'nın 2010 yılında değiştirilen 159'uncu maddesinin yedinci fıkrası ise şöyledir: *“Kurulun yönetimi ve temsili Kurul Başkanına aittir. Kurul Başkanı dairelerin çalışmalarına katılamaz. Kurul, kendi üyeleri arasından daire başkanlarını ve daire başkanlarından birini de başkanvekili olarak seçer. Başkan, yetkilerinden bir kısmını başkanvekiline devredebilir.”* (5982 sk. m. 22). Anayasa'da yapılan bu değişiklikle HSYK Kanunu'nun 9'uncu maddesinde Adalet Bakanı'nın sahip olduğu temsil yetkisinin yanına, yönetim yetkisi de eklenerek her ikisi de Anayasa'ya girmiştir. Böylece Adalet Bakanı'nın HSYK üzerindeki yetkileri arttırılmış ve Adalet Bakanı Anayasa ile Kurulun gündemini ve toplantılarının içeriğini belirleme yetkisine sahip olmuştur. Böylece Anayasa'da dairelerin toplantılarına katılmayacağı belirtilen Adalet Bakanı'nın, yönetim kapsamında yer aldığı için katılmadığı toplantıların ve Genel Kurulun gündemini belirleyebileceği ileri sürülmüştür.⁶¹¹ Adalet

⁶⁰⁹ Gözler, 2010, s. 389.

⁶¹⁰ <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=3783>. 10. 04. 2011.

⁶¹¹ <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=3783>. 10. 04. 2011. Adalet Bakanı'nın HSYK üzerindeki yetkileri benzer şekilde HSYK ile ilgili 6087 sayılı Kanunun 6'ncı maddesinde temsil ve yönetim yetkisi olarak (m. 6) belirlenmiştir.

Bakanın HSYK üzerindeki yetkilerinin arttırılması anlamına gelen bu değişiklik, yürütmenin hakim ve savcı mesleği üzerindeki etki ve nüfusunu arttırdığı için hakimlik güvencesi, yargı bağımsızlığı ve hukuk devleti açısından sakıncalı sonuçlar yaratabilecektir.

Anayasa'nın 159'uncu maddesinin sekizinci fıkrası ise şu şekildedir: *“Kurul, adli ve idari yargı hâkim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapar; Adalet Bakanlığının, bir mahkemenin kaldırılması veya yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlar; ayrıca, Anayasa ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirir.”*

HSYK'nın asli görevi olan hakim ve savcılarının özlük işleri hakkında karar verme yetkisinin düzenlendiği bu fıkra büyük oranda eski fıkrayı tekrar etmektedir. Tek fark ise Adalet Bakanlığı'nın teklifi ile hakim veya savcılarının kadrosunun kaldırılması yetkisinin, HSYK'dan alınması olmuştur. Hakimlerin azledilememesi hakim güvencesi açısından varlığı gerekli bir koşuldur.⁶¹² Bu nedenle Adalet Bakanının hakimlik ve savcılık mesleği üzerinde etkide bulunmasına az da olsa engel olan bu değişiklik, hakim ve savcı güvencesi ve yargı bağımsızlığı açısından olumlu bir düzenlemedir. Ancak hakimlerin görevden ayrılmalarına karar verecek yetkili organın kim olduğu ve nasıl bir yöntem izleneceği yargı bağımsızlığı açısından çok önemli olduğu için, bu konuda yürütme organına yetki verilmesi hakim bağımsızlığını ortadan kaldıracaktır.⁶¹³ Bu nedenle hakim ve savcılarının görevlerine son verme usulünün, Anayasa'da güvenceli bir şekilde HSYK'ya verilmesi ve yasama organının bu konudaki takdir hakkının önüne geçilmesi hukuk devletine daha uygun olurdu. Yine HSYK'nın görevleri -eski düzenlemede olduğu gibi- sınırlı sayıda sayılarak, hakim ve savcılarının bütün özlük işleri ve hakları konusunda HSYK'nın yetkilendirilmiş olmamasının hakimlik güvencesine uygun olmadığı söylenmiştir.⁶¹⁴

Anayasa'nın 159'uncu maddesinin dokuzuncu fıkrası ise şu şekildedir: *“Hâkim ve savcılarının görevlerini; kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere (hâkimler için idari nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri*

⁶¹² Gözler, 2010, s. 389.

⁶¹³ Kardaş, s. 20.

⁶¹⁴ <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=3783>. 10. 04. 2011. Ancak 6087 sayılı Kanunda hakim ve savcılarla ilgili olarak meslekte kalmalarına uygun görülmeyenler hakkında karar verme ile görevden uzaklaştırma kararlarını verme yetkisi HSYK'ya verilmiş (m. 4) ve hakim ve savcı güvencesi açısından Anayasa'daki eksiklik belli ölçüde de olsa telafi edilmiştir.

icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemleri, ilgili dairesinin teklifi ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanının oluru ile Kurul müfettişlerine yaptırılır. Soruşturma ve inceleme işlemleri, hakkında soruşturma ve inceleme yapılacak olandan daha kıdemli hâkim veya savcı eliyle de yaptırılabilir.” (5982 sk. m. 22). Daha önce Anayasa'nın 144'üncü maddesine göre gerçekleştirilen hakimler ve savcılar hakkındaki yönetsel denetimlerle, görevleri ile ilgili ya da görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçlardan dolayı araştırma, inceleme ve soruşturma işlemleri, 2010 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri ile Anayasa'nın 159/9 fıkrasında düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 159/9 fıkrasındaki düzenlemeye göre hakimler ve savcılar hakkındaki yönetsel denetimler ve görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçlar hakkında yapılacak araştırma, inceleme ve soruşturmalar bu konuda görevli HSYK dairesinin teklifi ile ve HSYK Başkanı'nın oluru ile yapılacaktır. Her iki düzenlemede de hakim ve savcıların denetimi hakkında son sözü söyleme yetkisinin Adalet Bakanı'na aittir. Bu açıdan 2010 Anayasa değişiklikleri bir yenilik getirmemiş ve hakim ve savcı güvencesine uygun olmayan bir durum yaratılmıştır.⁶¹⁵ Ancak hakim ve savcılar hakkında bu tür denetimlerin yapılabilmesinin ilgili HSYK dairesinin teklifine bağlanması, Adalet Bakanı'nın yetkisini bir ölçüde sınırlandırarak Adalet Bakanı'nın, hakim ve savcı mesleğine etkide bulunabilmesinin bir nebze de olsa önüne geçilmiştir. Dolayısıyla hakim ve savcılarının 159/9 fıkra da yer alan denetimlerinin ilgili HSYK dairesinin teklifini gerektirmesi hakimlik güvencesi ve yargı bağımsızlığının eskisine göre ilerlemesine neden olabilecektir. Buna karşılık, Adalet Bakanı'nın hakim ve savcılar hakkında bu madde kapsamındaki denetimler için izin verme yetkisini artık HSYK Başkanı sıfatıyla verecek olması, eski düzenlemeden farklı olarak bu işlemlerin yargı denetimi dışında (AY m. 159/10) tutulmasını gerektirecektir.⁶¹⁶ Hakim ve savcılarının denetimine ilişkin olarak Adalet Bakanı'nın vereceği izni yargı denetimi dışında tutan yeni düzenleme ise yargı bağımsızlığı ve hukuk devletini geri götürebilecektir.

2010 Anayasa değişiklikleri ile 159'uncu maddenin dokuzuncu fıkrasında yapılan değişikliklerden en önemlilerinden birisi de hakim ve savcılarının yönetsel denetimleri ve görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçlar hakkında yapılacak araştırma, inceleme ve soruşturmaların HSYK müfettişleri (AY m. 159/9) eliyle yaptırılması esasının getirilmesidir. Daha önce Adalet Bakanı'nın izni ile ve Adalet müfettişlerince (veya daha kıdemli hakim ve savcılarca) yapılan bu denetimlerin hakim ve savcı güvencesine aykırı

⁶¹⁵ Kardaş, s. 24.

⁶¹⁶ <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=3783>. 12. 04. 2011.

olduğu ileri sürülmüştü.⁶¹⁷ Anayasa'nın yeni düzenlemesi ise hakim ve savcılarının denetimini yapacak olan müfettişlerin yürütme organından bağımsız ve hakim ve savcılarının özlük işlemlerini yapmakla görevli bir kurul olan HSYK'ya bağlı olacağını belirterek hakim ve savcı güvencesi açısından önemli bir yenilik getirmiştir. Ancak HSYK müfettişlerinin nasıl atanacağına ilişkin Anayasa'da herhangi bir ilke ve ölçüt belirlenmeden, bu konuların düzenlenmesinin tamamen yasama organına bırakılmasının bu değişikliğin değerini azaltabileceği ifade edilmiştir.⁶¹⁸ Bu nedenle HSYK ile ilgili çıkarılacak olan yasanın, hakim ve savcı güvencesi ile mahkemelerin bağımsızlığı ilkeleri gözetilerek çıkarılması, hukuk devletinin ilerlemesi açısından önemlidir.⁶¹⁹

Bu fıkra kapsamında dikkat çeken bir diğer husus ise savcılarının yönetsel yönden ve görevleri ile ilgili ya da görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçlar hakkındaki araştırma, inceleme ve soruşturmaların hem 144'üncü maddede, hem de 159'uncu maddenin dokuzuncu fıkrasında düzenlenmiş olmasıdır. Anayasa'nın 159/9 fıkrasına göre, savcılarının bu madde kapsamındaki denetimleri HSYK müfettişleri eliyle ve ilgili HSYK dairesinin teklifiyle birlikte Adalet Bakanı'nın oluru ile gerçekleşecektir. Buna karşılık savcılarının 144'üncü madde kapsamındaki denetimleri ise adalet müfettişleri (veya hakim ve savcı mesleğinden iç denetçiler) eliyle Adalet Bakanı'na bağlı olarak gerçekleştirilecektir. Savcılarının denetimini düzenleyen her iki maddeden, Anayasa'nın 159/9 fıkrası güvence olma bakımından daha ileri bir düzenlemedir. Buna karşılık, savcılarının denetimi hakkında bu maddenin her ikisinin birden uygulanması söz konusu olabilecektir. Böylece savcılarının güvencesi bakımından Anayasa'nın 159/9 fıkrası ile getirilen ilerlemenin bir değeri kalmayabilecektir.

2010 değişiklikleri ile yeniden düzenlenen Anayasa'nın 159'uncu maddesinin onuncu fıkrası ise şu şekildedir: *“Kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz.”* (5982 sk. m. 22). 159'uncu maddenin bu fıkrası, HSYK'nın kararlarına karşı yargı yerlerine başvurulamayacağını öngören eski hükmün yerine getirilmiştir. İdari yetkiler kullanan her kurum gibi HSYK kararlarına karşı yargı yolunun açık olması gerekir. HSYK üyelerinin yüksek yargı organlarının üyelerinden oluşması (HSYK'nın daha önceki yapısı için geçerli bir tanım) hukuk devletinin bir gereği olan idari işlem ve eylemlerin yargı denetimine tabi olması gereğini bertaraf etmez. Yine HSYK kararlarının saydamlıktan uzak olduğu ve bunların yayımlanmamasının, hukuk devleti

⁶¹⁷ Gözübüyük, 2003, s. 271. Kurul müfettişlerinin bu görevleri 6087 sayılı Kanunun 17'nci maddesinde yer almıştır.

⁶¹⁸ <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=3783>. 12. 04. 2011.

⁶¹⁹ HSYK müfettişlerinin ataması ise 6087 sayılı Kanuna göre HSYK Genel Kurulu tarafından yapılacaktır (m. 7). Bu düzenlemenin hakim ve savcı güvencesi açısından, Adalet Bakanı'nın Kurul müfettişlerini atamasından daha uygun olduğu söylenebilir.

açısından taşıdığı sakıncaları daha da arttırdığı ifade edilmiştir.⁶²⁰ 2010 yılında yeniden düzenlenen Anayasa'nın 159'uncu maddesinin onuncu fıkrasıyla HSYK'nın, sadece meslekten çıkarma kararları yargı denetimine açılmıştır. Ancak hukuk devleti ilkesi açısından olması gereken idari bir kurum niteliğinde olan HSYK'nın bütün kararlarının yargı denetimine açılmış olmasıydı. Dolayısıyla bu değişiklik küçük bir ilerleme sağlamış olmakla birlikte hukuk devleti için çok yetersizdir.⁶²¹

2010 yılında değiştirilen Anayasa'nın 159'uncu maddesinin on birinci fıkrası şu şekildedir: *“Kurula bağlı Genel Sekreterlik kurulur. Genel Sekreter, birinci sınıf hâkim ve savcılardan Kurulun teklif ettiği üç aday arasından Kurul Başkanı tarafından atanır. Kurul müfettişleri ile Kurulda geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hâkim ve savcılar, muvafakatlerini alarak atama yetkisi Kurula aittir.”* Anayasa'ya eklenen bu fıkrayla HSYK için bir Genel Sekreterlik kurulması öngörülmüştür. 2010 Anayasa değişikliklerinden önce HSYK'nın kendine ait bir Genel Sekreterlik, bütçesi ve binası olmamasın yürütmenin hakimlerin mesleki faaliyetlerini etkileme potansiyeli yaratabileceği ifade edilmişti.⁶²² Bu nedenle Genel Sekreterlik kurulmasına ilişkin değişiklik hakim ve savcı güvencesi açısından önemli bir değişikliktir. Ancak Genel Sekreterin Kurulun göstereceği üç aday arasından Adalet Bakanı tarafından atanması ve ayrıca bu işlemin yargı denetimi dışında olması, genel sekreterliğin kendinden beklenen amaçları yerine getirmesine engel olacağı ve eski düzenlemeden farklı bir durum yaratmayacağı ileri sürülmüştür.⁶²³ Ancak Adalet Bakanı'nın Genel Sekreteri seçme yetkisinin mutlak olmadığını, Kurul tarafından kendisine önerilen üç aday arasından Genel Sekreter'in seçileceğini de belirtmek gerekir. Yine HSYK'da görev yapacak olan müfettişler ile sürekli ve geçici olarak çalışacak hakim ve savcıların HSYK tarafından atanmasına ilişkin düzenleme, bu konuda yürütme organının etkisini belli ölçüde dışladığı için hakim ve savcı güvencesine ve yargı bağımsızlığına uygundur.

Anayasa'nın 159'uncu maddesinin on ikinci fıkrası şu şekildedir: *“Adalet Bakanlığının merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hâkim ve savcılar ile adalet müfettişlerini ve hâkim ve savcı mesleğinden olan iç denetçileri, muvafakatlerini alarak atama yetkisi Adalet Bakanına aittir.”* Anayasa'nın 159'uncu maddesinin on ikinci fıkrasıyla Adalet Bakanı'nın hakim ve savcılar hakkındaki atama kararları verme yetkisi, önceki düzenlemeye göre genişlemiştir. Adalet Bakanı'nın bu türden yetkilerinin genişlemesi, hakimler ve savcılar ile atama yaptığı kuruluşların üstünde Adalet

⁶²⁰ Tekir; Akkaş, s. 220.

⁶²¹ Kaboğlu, s. 273.

⁶²² Tekir; Akkaş, s. 153.

⁶²³ <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=3783>. 12. 04. 2011.

Bakanın etkisini arttıracığı nedeniyle hakim ve savcı güvencesine aykırı olarak değerlendirilmiştir. Böylelikle belli görevlere atanması gündeme gelen hakim ve savcıların, bu göreve atanmak için yürütme organının istediği şekilde karar vermesi mümkün olabilecektir. Bu nedenle Adalet Bakanının bu tür yetkilerinin çok istisnai durumlarda mümkün olması ve bu durumlarda dahi HSYK'nın onayının aranması gerektiği söylenmiştir.⁶²⁴ Ayrıca bu düzenleme ile Adalet Bakanlığı'nın ilgili bir kuruluşu olan Türkiye Adalet Akademisine, Adalet Bakanının doğrudan atama yapabileceği ve bu akademinin Adalet Bakanlığı'nın etkisi altına girebileceği ifade edilmiştir. Yürütme organının güdümünde olan böyle bir kurum tarafından yapılacak meslek içi eğitimlerin ise, amacından uzaklaşabileceği savunulmuştur.⁶²⁵

Anayasa'nın 159'uncu maddesinde 2010 yılında yapılan değişiklik sonucu maddenin son fıkrası şu şekilde düzenlenmiştir: *“Kurul üyelerinin seçimi, dairelerin oluşumu ve işbölümü, Kurulun ve dairelerin görevleri, toplantı ve karar yeter sayıları, çalışma usul ve esasları, dairelerin karar ve işlemlerine karşı yapılacak itirazlar ve bunların incelenmesi usulü ile Genel Sekreterliğin kuruluş ve görevleri kanunla düzenlenir.”* HSYK ile ilgili konuların kanunla düzenleneceğini belirten Anayasa'nın 159/son fıkrasında yapılan değişiklik, hukuk devletiyle doğrudan ilgili değildir.

Ayrıca 2010 yılında yapılan Anayasa değişiklikleriyle, eski 159'uncu maddenin son fıkrasında yer alan şu hüküm yürürlükten kaldırılmıştır: *“Adalet Bakanı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun ilk toplantısında onaya sunulmak üzere gecikmesinde sakınca bulunan hallerde hizmetin aksamaması için hakim ve savcılar geçici yetki ile görevlendirilebilir.”* Gecikmesinde sakınca bulunan hallerle sınırlı da olsa Adalet Bakanının hakimler ve savcılarının görevleriyle ilgili konularda karar verebilmesi ve onların mesleki hayatını ve özlük haklarını etkileyebilmesi yargıçların görevlerini yaptıkları sıradaki güvencesiz durumunu göstermektedir.⁶²⁶ Yine geçici de olsa yürütmeye hakim ve savcılarının görev yerlerini değiştirme yetkisi verilmesi hakim ve savcı güvencesi ile bağdaşmaz.⁶²⁷ Dolayısıyla bu hükmün madde metninden, çıkartılması hakim güvencesi ve hukuk devletini ilerleten bir değişiklik olmuştur. Buna karşılık eski düzenleme döneminde olduğu gibi Kurul kararlarının

⁶²⁴ Ayrıca Bakanlık merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında görev yapan hakim ve savcılarını idari yönden ya da görevleri sırasında veya görevleri nedeniyle işledikleri iddia edilen suçlardan dolayı inceleme ve soruşturma yapma yetkisi 6087 sayılı Kanunla HSYK'ya ait olmadığı belirtilerek (m. 4) hakim ve savcı güvencesi açısından Adalet Bakanının atama yetkisine ek olarak diğer bir olumsuz durum da HSYK kanunu ile getirilmiştir.

⁶²⁵ <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=3783>. 12. 04. 2011.

⁶²⁶ Sancar, s. 152.

⁶²⁷ Gözler, 2010, s. 392. 6087 sayılı Kanununun 4'üncü maddesine göre ise hakim ve savcılarını geçici olarak görevlendirme yetkisi HSYK'ya aittir. Hakim ve savcılarını geçici görev ile yetkilendirmenin HSYK'ya verilmesi, bu görevin Adalet Bakanına ait olduğu eski düzenlemeye göre hakim güvencesi açısından daha olumludur.

yayımlanması konusunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Saydamlık, kurumsallık, açıklık ve erişebilirlik açılarından HSYK kararlarının yayımlanması zorunludur.⁶²⁸ Dolayısıyla bu konuda yasayla yapılan düzenlemede HSYK kararlarının yayımlanmasının sağlanması hukuk devleti ve hak arama özgürlüğü açısından uygun olacaktır.

2010 Anayasa değişiklikleriyle, Anayasa'nın 166'ncı maddesinin "*planlama*" olan kenar başlığı "*Planlama; Ekonomik ve Sosyal Konsey*" şeklinde değiştirilmiştir. Yine bu maddede yapılan değişiklikle maddeye şu fıkra eklenmiştir. "*Ekonomik ve sosyal politikaların oluşturulmasında hükümete istişarî nitelikte görüş bildirmek amacıyla Ekonomik ve Sosyal Konsey kurulur. Ekonomik ve Sosyal Konseyin kuruluş ve işleyişi kanunla düzenlenir.*" Anayasa'ya 2010 değişiklikleriyle giren Ekonomik ve Sosyal Konsey siyasi iktidarı ekonomik yaşamı etkileyecek yasal düzenlemeler yapmadan önce uyarmak, bilgilendirmek ve yasal düzenlemelerin hangi koşullarda amacına daha kolay ulaşabileceği yolunda aydınlatılabilmek için; siyasi iktidarın yasa çıkarmadan önce başta işverenler, işçiler ve bilim adamları olmak üzere toplumun tüm kesimleri ile sıkı bir diyalog içinde olmasını sağlaması için öngörülen bir kuruldur.⁶²⁹ Ekonomik ve Sosyal Konseyin amacı toplumun temelinde bulunan sosyal kuruluşların bireyin maddî ve manevî gelişiminin sağlanmasında etkin rol almasıdır. Konsey sosyal devlet ve katılımcı demokrasiye önemli bir anlam kazandıran hukuk devletiyle ise doğrudan ilgili olmayan bir kurumdur. Ancak Ekonomik ve Sosyal Konsey'in görevlerinin sadece politikaların oluşturulması ile sınırlanması (örneğin uygulamaya dönük görevlerinin olmaması) ve bu kurum hakkındaki temel noktaların Anayasa'da belirtilmeden büyük oranda yasaya bırakılmış olmasının, Konseyin görevlerini gerektiği gibi yapmasına engel olabileceği yönünde görüşler ileri sürülmesine neden olmuştur.⁶³⁰

Anayasa'da 2010 yılında yapılan değişikliklerle geçici 15'inci madde hükmü yürürlükten kaldırılmıştır. Söz konusu madde şu şekildeydi: "*12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisinin Başkanlık Divanını oluşturuncaya kadar geçecek süre içinde, yasama ve yürütme yetkilerini Türk milleti adına kullanan, 2356 sayılı Kanunla kurulu Milli Güvenlik Konseyinin, bu Konseyin yönetimi döneminde kurulmuş hükümetlerin, 2485 sayılı Kurucu Meclis Hakkında Kanunla görev ifa eden Danışma Meclisinin her türlü karar ve tasarruflarından dolayı haklarında cezai, mali veya hukuki sorumluluk iddiası ileri sürülemez ve bu maksatla herhangi bir yargı merciine başvurulamaz. (birinci fıkra) Bu karar ve tasarrufların idarece veya yetkili kılınmış organ, merci ve*

⁶²⁸ <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=3783>. 12. 04. 2011.

⁶²⁹ Canıklıoğlu, s. 167.

⁶³⁰ Kaboğlu, 2010, s. 259.

görevlilerce uygulanmasından dolayı, karar alanlar, tasarrufta bulunanlar ve uygulayanlar hakkında da yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanır.(ikinci fıkra)

Anayasa'da yer alan geçici on beşinci madde 12 Eylül dönemindeki Milli Güvenlik Konseyi'nin, kurulmuş hükümetlerin, Danışma Meclisi'nin ve bu kararları uygulayan idari organların karar, işlem ve uygulamalarına karşı cezai, hukuki, mali sebeplerle mahkemeler önündeki her türlü hak arama yollarını kapatıyordu. Hukuk devletinde yönetici konumunda olan kimseler de hukuk kurallarına uymakla yükümlüdür. Yöneticilerin bu yükümlülüğe aykırı davranmasının sonucu ise yargı organları önünde yöneticiler aleyhine açılan davalar ve bu davalar sonucunda sorumlular aleyhine hükmedilen hukuki, mali ve cezai yaptırımlardır.⁶³¹ Anayasa'nın geçici 15'inci maddesi ise hukuk devletinin bu gereklerinin açık bir ihlali niteliğini taşıyordu. Hukuk devletinin zorunlu bir gereğine uygun olan bu değişiklik, Anayasa'daki açık bir hukuk devleti ihlali niteliği taşıyan kuralı da ilga etmiştir. Bu değişiklik aynı zamanda bir daha darbe yapılmaması ve demokratik yönetimlerin askıya alınmaması noktasında bir tavidir.⁶³²

Anayasa'nın geçici 15'inci maddenin yürürlükten kaldırılmasıyla 12 Eylül askeri darbesini yapanların ve bu dönemdeki kararları uygulayanların yargılanıp yargılanmayacağı tartışma konusu olmuştur. Geçici 15'inci maddede, o dönemdeki işlem ve eylemler için dokunulmazlık hali değil, sorumsuzluk hali kabul edildiği söylenmiştir. Yani o dönem için kınanabilir, sorumluluk doğuracak bir durum olmadığı ortaya konulmuştur. Bu nedenle maddenin kaldırılması, evrensel kurallar itibarıyla geçmişe doğru bir sorumluluk hali yaratmaz. Geçmişe doğru bir sorumluluk durumu ortaya çıkmayacağı için sorumluluk halini, zamanaşımının engelleyeceği tezi de yersizdir. Zamanaşımı sorumluluk doğuran durumda, soruşturulabilirlik olduğu sürece söz konusu olabilir. Sorumsuzluk hali nedeniyle, bugüne kadar işlemiş ya da işleyecek bir zamanaşımından söz edilemez. Ancak 1982 Anayasası'nın geçici 15'inci maddesinin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla kaldırılması yoluna gidilseydi, o zaman sorumsuzluk hükmünün baştan beri yürürlüğe girmesinin engellenebileceği ve 12 Eylül askeri hareketini gerçekleştirenler için yargılama yolu açılabileceği görüşü ileri sürülmüştür. Ancak bu duruda zamanaşımı konusunun tartışılması mümkün olabilecekti.⁶³³

5982 sayılı Kanununun 26'ncı maddesinde de halkoylamasına gidilmesi halinde, bu kanunun tümüyle tek bir paket halinde oylanması öngörülmüştür. Demokratik açıdan aynı konuların bir paket haline getirilmesi suretiyle her bir paket için ayrı ayrı oylama yapılmasının daha isabetli

⁶³¹ Kaboğlu, 2005, s. 337.

⁶³² www.anayasa.gen.tr/derdiman-5982.htm. 12. 04. 2011.

⁶³³ <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=3783>. 14. 04. 2011.

olacağı ifade edilmiştir.⁶³⁴ Yine Anayasa'nın 175'inci maddesinde halkoylamasına sunulan Anayasa değişikliği hakkındaki kanunların ayırma şeklinin oylama sırasında olacağı ve kanunun bütün olarak değil birbirinden konu ve anlam itibariyle farklı olan maddelerin ayrılarak halkoylamasına sunulması gerektiği ifade edilmiştir. Buna karşılık Anayasa değişikliğine ilişkin 5982 sayılı Kanun, bir bütün olarak halkoylamasına sunulduğu için Anayasa'nın 175'inci maddesine aykırılık olduğu ifade edilmiştir.⁶³⁵ Ancak Anayasa Mahkemesi 5982 sayılı Kanun hakkındaki bu itirazı haklı bulmamıştır.⁶³⁶

2010 yılında Anayasa'da yapılan değişikliklerle ayrıca geçici 18'inci ve geçici 19'uncu maddeler Anayasa'ya eklenmiştir. Bu maddelerden geçici 18'nci madde Anayasa Mahkemesi'nde daha önce görevli olan geçici üyelerin asıl üye sıfatı kazanacağını öngörmekte; yine Anayasa Mahkemesi'ne Sayıştay ve Baro Başkanları tarafından aday gösterilmesine ve TBMM tarafından bu adayların Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçilmesine ilişkindir. Yine bu maddeye göre Cumhurbaşkanı, birer üyeyi Yargıtay ve Danıştay kontenjanlarından olan ilk üyeliklerin boşalmasından sonra Yükseköğretim Kurulunun kendi üyesi olmayan yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri arasından göstereceği üçer aday içinden seçecektir. Geçici 19'uncu madde ise HSYK ile ilgili hükümler içermektedir. Bu madde 5982 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 30 gün içinde, HSYK üyelerinin seçileceğini ve bu seçimlerin yöntemini belirtiyordu. Anayasa Mahkemesi'ne ve HSYK'ya yönelik olarak konulan bu maddeler geçici nitelikleri nedeniyle hukuk devletini önemli ölçüde etkilememişlerdir.

1982 Anayasası'nda 2010 yılında yapılan değişikliklerle hukukumuzda birçok yeni kurum girmiştir. Bu kurumlardan bazıları kişisel verilerin korunması, bilgi edinme hakkı, kamu görevlileri için toplu sözleşme hakkı, Kamu Denetçiliği Kurumu, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı, Ekonomik ve Sosyal Konsey gibi kurumlardır. Bu kurumlar genellikle yönetimin hukuka bağlı kalmasını ve devlet karşısında bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunmasını sağlamaya yönelik kurumlardır. Dolayısıyla bu kurumlar hukuk devletinin ilerlemesi ve gerçek anlamda var olabilmesi için önemli işlevler görebilecektir. Ancak bu kurumların tek başına Anayasa'ya girmesi ve hukuki geçerlik kazanmaları, kendilerinden beklenen amaçları yerine getirmeleri için yeterli değildir. Ayrıca gerekli yasal ve hukuki mevzuatın da bu kurumların amaçlarını yerine getirmesini sağlayacak şekilde düzenlenmesi

⁶³⁴ www.anayasa.gen.tr/derdiman-5982.htm. 14. 04. 2011.

⁶³⁵ Kaboğlu, 2010, s. 281.

⁶³⁶ www.anayasa.gen.tr/derdiman-5982.htm. 14. 04. 2011.

gerekir. Bunun dışında uygulamada, vatandaşların etkin olarak bu kurumları kullanmasının önündeki engeller kaldırılırsa, hukuk devletinin önemli ölçüde ilerlemesi sağlanabilecektir.

2010 Anayasa değişikliklerinin önem taşıyan diğer noktalarını ise kısaca şöyle özetleyebiliriz. Eşitlik ilkesini maddi anlamda gerçekleştirmeye yönelik hükümler, temel hak ve özgürlükler ile sosyal hak ve özgürlükler alanında çok kapsamlı olmayan görece iyileştirmeler, yine yargı denetimi dışında tutulan idari işlem ve eylemlerin kapsamının azaltılması, askeri yargının görev alanının daraltılması ve askeri hizmetlerin gereklerinin mahkemelerin düzenlenmesinde bir ölçüt olmaktan çıkarılması gibi. Ancak bütün bu sayılan konularda tam bir iyileştirme de sağlanmamıştır. Örneğin sosyal bir hak olarak toplu sözleşmenin tanınması, grev hakkı olmadan işlevsiz kalacaktır. Yine yargı denetimi dışında tutulan bütün idari işlem ve eylemleri yargı denetimine açmak yerine, sadece belli işlemlerin yargı denetimine açılması (örneğin Yüksek Askeri Şura kararlarında olduğu gibi) hukuk devleti açısından gerekli ve ideal düzenlemelerin yapılmadığını göstermektedir.

Ancak hiç kuşkusuz 2010 değişikliklerinin hukuk devleti açısından en önemli olanları yargı bağımsızlığı ile ilgili Anayasa Mahkemesi ile HSYK hakkındaki değişikliklerdir. Bu değişikliklerle Anayasa Mahkemesi'nin oluşumunda karma bir sistem kabul edilmiş ve 1961 Anayasası döneminde olduğu gibi TBMM'den Anayasa Mahkemesi'ne üye seçilebilmesi usulü benimsenmiştir. Mahkeme'nin diğer üyeleri ise yine Cumhurbaşkanı tarafından ya doğrudan doğruya ya da yargı organları tarafından kendisine önerilen adaylar arasından seçilecektir. Anayasa Mahkemesi'nin bu yapısı incelendiğinde karma bir yapı öngörülmesinin amacı olan farklı siyasi ve hukuki görüşlerin temsilini sağlamaktan ve çoğulculuktan uzak bir yapı oluşturulmuştur. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin oluşumunda belirleyici konuma gelen Cumhurbaşkanı ve genel olarak yürütmenin, Anayasa Mahkemesi'nin yapısını TBMM'deki çoğunluk iradesinin siyasal eğilimleri doğrultusunda şekillendirme olanağına kavuştuğu ifade edilmiştir.⁶³⁷ Anayasa Mahkemesi'nin oluşumunda yürütme organının en etkin organ konumunda olmasının, 1982 Anayasası'nın ilk halindeki felsefesinin Anayasa değişikliği ile devam ettiği şeklinde yorumlanmıştır. Hatta aradan geçen otuz yıllık zaman düşünülürse, Anayasa değişikliğinin maddenin ilk şekline göre daha geri olduğu eleştirisi de bu değişikliğe ilişkin olarak yöneltilmiştir.⁶³⁸

2010 yılında Anayasa'da yapılan değişikliklerden hukuk devleti açısından önem arz eden diğer bir değişiklik ise HSYK ile ilgili olanıdır. Anayasa'nın 159'uncu maddesinde yapılan

⁶³⁷ Kaboğlu, 2010, s. 266.

⁶³⁸ Kaboğlu, 2010, s. 207.

değişikliklerle HSYK'nın oluşumunda Cumhurbaşkanı'nın etkinliğinin büyük oranda kırıldığı söylenebilir. Artık Cumhurbaşkanı yirmi iki asıl üyeden dördünü atayabilmektedir ki; bu oran eski düzenlemeye göre oransal olarak (önce yedide beşti) çok azdır. HSYK'nın oluşumunda ise büyük oranda yüksek yargı organları ve adli-idari hakim ve savcılarının etkili olduğu görülmektedir. Yargı organından doğrudan gelen üyelerin sayısının artması HSYK'nın bağımsızlığının önemli ölçüde gerçekleşeceğini düşündürmektedir. Yine hakim ve savcılarının HSYK müfettişleri tarafından denetlenmesi de yargı bağımsızlığı açısından önemlidir. Ancak Adalet Bakanı ve müsteşarının Kurul üyeliklerinin devam etmesi, Adalet Bakanı'nın Kurul üstündeki yetilerinin arttırılması, HSYK kararlarının tamamen yargı denetimine açılmaması ve Adalet Bakanı'nın yargı denetimi dışında verebileceği kararlar ile HSYK hakkında Anayasa'da yeterli güvenceli düzenlemelerin yapılmamış olması maddede yapılan ilerlemelerin değerini azaltmaktadır. Bu nedenle 2010 yılında HSYK hakkında yapılan bu değişiklik hukuk devletini belli ölçüde ileri götüren; ancak eksikleri nedeniyle bu ilerlemelerin yeterli düzeyde sağlanamadığı değişiklikler şeklinde değerlendirilebilir.

SONUÇ

1982 Anayasası 12 Eylül döneminin yarattığı olağanüstü koşullarda, sanki Türkiye hep böyle bir ortamda kalacakmış düşüncesiyle hazırlanmış bir metindi. Bu nedenle 1982 Anayasası hazırlandığı dönemde bile kendi döneminin anayasacılık anlayışına göre hayli geri bir noktayı temsil ediyordu. Kendi döneminin bile bir hayli gerisinde olan 1982 Anayasası'nı değiştirme ihtiyacı, toplumsal yaşamda değişen ve gelişen koşulların etkisiyle gittikçe kendini daha fazla hissettirmiştir.⁶³⁹ Bu nedenle 1982 Anayasası'nda, kabul edilışinden kısa bir süre sonra başlayan ve 2010 yılına kadar süren birçok değişiklik gerçekleştirilmiştir. Bu süreçte Anayasa değişikliğiyle ilgili çeşitli girişimler hesaba katılmazsa gerçekleştirilen Anayasa değişikliklerinden kanun numarası alan ve TBMM'de kabul edilerek yasalaşanların sayısı 2010 yılında yapılanlarla birlikte 20'ye ulaşmış bulunmaktadır. Bu Anayasa değişikliklerinden dört tanesi ise yürürlüğe girmemiştir. Bunlardan iki tanesi Resmi Gazete'de yayınlanmamış (2003'teki 4841 ve 4960 sayılı Kanunlar), birisi halkoylamasında kabul edilmemiş (1988), birisi de Anayasa Mahkemesi tarafından (2008) iptal edilmiştir.⁶⁴⁰

1980 öncesi döneme bir tepki olarak kaleme alınan ve bu dönemde yaşanan sorunlara “devletçi” ve “anti özgürlükçü” çözüm tarzları öngören 1982 Anayasası'nın bu özelliği yürürlüğe girdiği andan itibaren eleştiri konusu olmuştu. 1982 Anayasası'nın kriz çözücü olarak tasarlanan özgürlükleri sınırlamaya yönelik bu kurgusu uygulamada ise iflas etmiş; hatta çözüm üretmek yerine çözümsüzlüğün kaynağı olmuş ve buna bağlı olarak siyasal, ekonomik, toplumsal birçok yeni krizin yaşanmasına neden olmuştur. Bu durum ise çeşitli toplumsal kesimlerde Anayasa'yı değiştirme ve yeni bir anayasa yapma arayışlarını da beraberinde getirmiştir.⁶⁴¹ Anayasa'nın değiştirilmesine dönük bu eleştirilerde özellikle dünyanın geçirdiği köklü değişimler, 1990'ların başında belirginleşen ve gittikçe artan toplumsal bütünleşme krizi ile özellikle Avrupa Birliği kaynaklı olarak dışarıdan gelen düşünce ve istekler etkili olmuştur.⁶⁴² Ülke içindeki ve dışındaki faktörlere bağlı olarak demokrasi ve hukuk devleti açısından önemli eksikleri olan 1982 Anayasası'nda, bu eksikliklerin giderilmesi amacıyla birçok kez değişiklikler yapma yolu seçilmiştir.

1982 Anayasası'nda yapılan ilk değişiklik 17. 05. 1982 tarih ve 3361 sayılı Kanunla gerçekleştirilmiştir. Anayasa'da yapılan bu değişiklik sınırlı bir değişikliktir ve bununla

⁶³⁹ Kaboğlu, 2010, s. 243.

⁶⁴⁰ Kaboğlu, 2010, s. 244.

⁶⁴¹ Erdem, s. 153-154.

⁶⁴² Erdem, s. 154.

Anayasa'nın 67, 75, 175 maddeleri değiştirilmiş, geçici dördüncü madde ise yürürlükten kaldırılmıştır. Ayrıca bu değişiklikler 06. 09. 1987 tarihli halkoylaması ile de oylanıp kabul edilmiştir. Bu değişikliğin Anayasa'nın kabul edilmişinden yaklaşık beş yıl gibi kısa bir sürede yapılmış olması ayrıca önemlidir. Anayasa'nın kabul edilmesinden daha beş yıl gibi kısa bir süre geçmiş olmasına rağmen bu Anayasa'da değişikliğe gidilmesi, Anayasa'nın ilk şeklinin özellikle hukuk devleti ve temel hak ve özgürlükler açısından taşıdığı eksikliklerin milletin temsilcisi olan yasama organı ve halkoylamasında kabul edilmesi nedeniyle de milletin kendisi tarafından benimsenmemesi şeklinde yorumlanabilir. 1982 Anayasası'nda yapılan ikinci değişiklik ise 08. 07. 1993 tarih ve 3913 sayılı Kanunla Anayasa'nın 133'üncü maddesinde yapılan değişikliktir. 1993 yılında yapılan bu değişiklik Anayasa'nın 133'üncü maddesinde gerçekleşen sınırlı bir değişikliktir. Radyo ve televizyon işletmeciliğinin özel kesim faaliyetlerince yapılabilmesinin önünü açan bu değişiklik, bu alanda devlet tekeli kırılmakta ve düşünce ve ifade özgürlüğünün ilerlemesine katkıda bulunularak çoğulcu demokrasi ve hukuk devletinin önündeki Anayasal bir engel kaldırılmaktaydı.

1982 Anayasası'nda 23. 07. 1995 tarih ve 4121 sayılı Kanunla önemli ve kapsamlı sayılabilecek değişiklikler yapılmıştır. 4121 sayılı Kanunla 1982 Anayasası'nın Başlangıç bölümü ve on üç ayrı maddesinde değişiklikler yapılmış, bir madde ise yürürlükten kaldırılmıştır. 1995 yılında yapılan değişikliklerle bireysel hak ve özgürlükler alanında var olan bazı sınırlamalar hukuk devleti ilkesi gereğine uygun olarak kaldırılmıştır. Bunlardan derneklere, vakıflara, sendikalara, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ve kooperatiflere ilişkin olarak siyasi faaliyetlerde bulunabilmeye ve dernek, vakıf, sendika, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve kooperatiflerin, siyasi partilerle ve birbirleriyle dayanışmasına ilişkin olan yasaklara son verilmesi özellikle önem taşımaktadır. Böylece toplumsal örgütler ölçeğinde katılım yaygınlaştırılmakta ve bu örgütlerin etkinlik alanları genişletilerek mikro-demokrasinin sivil toplum alanında yerleştirilmesi olanağı yaratılmaktadır. Bu değişikliklerle bir anlamda ancak demokratik bir toplumda var olabilen ve gelişebilen demokratik devletin önü açılmıştır.⁶⁴³ Yine sosyal ve ekonomik hak ve özgürlüklerden sendikal haklara ilişkin olarak yapılan değişiklikler de ayrıca önemlidir. Bu değişikliklerle sendikal haklar alanında sınırlamalar öngören 52'nci madde yürürlükten kaldırılmış ve kamu görevlileri için sendika ve üst kuruluşları kurabilme hakkı, bu sendikaların üyeleri adına yargı mercilerine başvurması ve toplu sözleşme yapabilmesi gibi öncesine göre kısmi iyileştirmeler yapılmıştır.

⁶⁴³ Kaboğlu, 2010, s. 81.

1995 değişiklikleriyle siyasi hak ve özgürlükler alanında da hukuk devletini ilerleten değişiklikler yapılmıştır. Örneğin seçmen yaşının indirilmesi, tutuklular ve yurt dışındaki vatandaşlara oy hakkı tanınması, siyasi partilere üye olma yaşının indirilmesi ve yükseköğretim elemanları ve öğrencilerinin parti üyesi olabilmelerinin önünün açılması gibi Anayasa'nın ilk şeklindeki var olan ve toplumda depolitizasyon sağlamaya yönelik hükümler belli ölçüde yumuşatılmıştır. Yine kapatılan siyasi partilerin tüzel kişiliklerine ve bunların kurucu, yönetici, denetçisi ile diğer her kademedeki yöneticilerine ilişkin olarak öngörülen yeni yaptırımlar “kusursuz ceza olmaz” ve “cezaların şahsiliği” gibi ceza hukuku ve hukuk devleti ilkelerine daha uygundur. Sonuç olarak Anayasa'da 1995 yılında yapılan değişiklikler, temel hak ve özgürlükler alanında getirmiş olduğu yeni düzenlemelerle –çok ileri düzeyde olmasa da- hukuk devleti açısından belli bir ilerleme sağlamıştır. Buna karşılık, bu değişikliklerle siyasi partilere ilişkin olarak getirilen yeni yasak ve sınırlamalar ise daha çok Anayasa'nın ilk kabul edildiği biçiminde egemen olan temel hak ve özgürlükleri sınırlama ve devlet otoritesini güçlendirme fikrine daha uygun olan değişikliklerdir.

1982 Anayasası'nda 18. 06. 1999 tarih ve 4388 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle DGM'lerde görevli olan askeri hakim ve savcılarının yerine sivil hakim ve savcılar atanmıştır. Mahkemelerin bağımsızlığı ve doğal yargıç ilkesi gibi hukuk devletinin gerekleri açısından olumlu değerlendirilebilecek olan bu değişikliğin gerçekleşmesinde, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve AİHM'nin vermiş olduğu kararların da etkili olduğu söylenebilir.⁶⁴⁴ 1999 yılında 13. 08. 1999 tarih ve 4446 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişiklikleriyle ise özelleştirme kavramı anayasal nitelik kazanmış, devletin yaptığı sözleşmelerin kamusal ya da özel nitelikli olduğunu belirleme yetkisi TBMM'ye verilmiş, kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri için ulusal veya uluslar arası tahkim yoluna başvuru olanağı getirilmiş ve Danıştay'ın kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini inceleme olan görevi düşüncesini bildirmekle sınırlandırılmıştır. 1999 yılında yapılan bu değişikliklerle genel olarak idarenin yapmış olduğu kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri üzerindeki idari ve yargısal denetiminin etkinliği azaltılmış; bu tür sözleşmeler üzerinde hukuk devletine aykırı olarak yargı denetimine uzak, keyfiliğe, sübjektifliğe ve hukuk dışı uygulamalara daha açık bir alan yaratılmıştır. Bu değişikliklerle hukuk devletinin idarenin her türlü işlem ve eyleminin yargı denetimine açık olması ve yönetenlerin de hukuka uygun davranması gereklerinden dolayı da olsa belli ölçüde sapma yaşandığı söylenebilir.

1982 Anayasası'nda yapılan en önemli ve kapsamlı değişikliklerden birisi de 03. 10. 2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla yapılmıştır. 2001 yılında Anayasa'nın birçok farklı maddesinde

⁶⁴⁴ Erdem, s. 156.

devletin temel yapısı, özgürlükler hukuku ve hukuk devletiyle ilgili olan değişiklikler gerçekleştirilmiştir. 2001 yılı Anayasa değişikliklerinde Anayasa'yı değiştirmek doğrultusundaki iç dinamiklerle, özellikle Avrupa Birliği eksenli dış dinamiklerin etkili olduğu söylenebilir. 2001 yılı Anayasa değişikliklerinin kendinden önce yapılanlardan farkının Anayasa'nın temel yapısında köklü bir değişiklik yaratmayı amaçlamış olması ve 12 Eylül yönetiminin temel düşüncesi olan temel hak ve özgürlüklerin sınırlanarak devlet otoritesinin üstün tutulması düşüncesinin Anayasa'nın özünden mümkün olduğu ölçüde dışlamaya çalışması olduğu ifade edilmiştir.⁶⁴⁵

1982 Anayasası'nda 2001 yılında yapılan değişikliklerin hukuk devleti açısından en önemlilerinden birisi temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının düzenlendiği Anayasa'nın 13'üncü maddesinde gerçekleşmiştir. Bu maddede yapılan değişiklikle bundan sonra genel sınırlama nedenlerine dayanılarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlanabilmesine son verilmiş, temel hak ve özgürlüklerin ancak düzenledikleri maddede yer alan özel sınırlama nedenlerine dayanılarak sınırlanabileceği esası getirilerek, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında farklılaştırılmış sınırlama sistemine geçilmiştir. Böylece temel hak ve özgürlüklere yasama organı tarafından, geniş ve içerik olarak da ağır ve soyut olan genel sınırlama nedenlerine dayanarak aşırı müdahale olanağı kaldırılarak temel hak ve özgürlükler için daha güvenceli bir sistem kabul edilmiştir. Genel sınırlama nedenlerinin Anayasa'dan çıkartılmasının temel hak ve özgürlükleri sanıldığı kadar genişletmeyeceği görüşü de bu değişikliğe ilişkin olarak ileri sürülmüştü. Ancak genel sınırlama nedenlerinin Anayasa'dan çıkartılması, 1982 Anayasası'nın birey haklarına karşı, devlet otoritesini ön plana çıkaran temel felsefesinin değişmesi ve bunun yerine daha demokratik ve özgürlükçü bir düşüncenin geçmesi açısından (sembolik bakımdan) da önemlidir. Yine 2001 değişiklikleriyle 13'üncü maddeye "*hakkın özü*", "*laik Cumhuriyetin gerekleri*" ve "*ölçülülük*" gibi temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında uyulması gerekli yeni ölçütler getirilerek, yasama organının kanunlarla temel hak ve özgürlükleri düzenlenmesi ve sınırlamasındaki takdir yetkisi daraltılmış, temel hak ve özgürlükler alanında daha korunaklı bir sistem getirilmiştir.

1982 Anayasası'nda 2001 yılında bireysel hak ve özgürlükler alanında yapılan değişikliklerle genel olarak öncesine göre olumlu sayılabilecek ve daha güvenceli düzenlemeler (Anayasa'nın 19, 20, 21, 22, 26 ve 28'inci maddelerinde olduğu gibi) getirilmiştir. Düşünce ve ifade özgürlüğü (AY m. 26) ve basın özgürlüğü konusunda (AY m. 28) Anayasa'da yer alan kanunla yasaklanan dillerin kullanılamayacağına ilişkin sınırlamalar kaldırılarak bu özgürlüklere yasama organı tarafından dil konusunda getirilebilecek

⁶⁴⁵ Erdem, s. 158-159.

sınırlamaların önüne geçilmiştir. Düşünce ve ifade özgürlüğü açısından Anayasa'nın başlangıç bölümünde yapılan değişikliğin de önemli olduğunu vurgulamak gerekir.⁶⁴⁶ 2001 yılında bireysel hak ve özgürlükleri genişleten bir diğer değişiklik ise Anayasa'nın toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin düzenlendiği 34'üncü maddesindeki anayasal sınırların kaldırılması olmuştur. Ayrıca bireyler için güvence niteliğinde olan adil yargılanma hakkı Anayasa'nın hak arama hürriyetinin düzenlendiği 36'ncı maddesine girmiş, suç ve cezalara ilişkin hükümlerin düzenlendiği 38'inci maddeye eklenen üç fıkra ile de bireyler için güvence niteliğinde hükümler öngörülmüştür. 38'inci maddeye eklenen bu güvencelerden ölüm cezasının belli suçlar için sınırlanması, bireylerin en temel ve en üst değerde olan yaşam hakkına gelebilecek haksız müdahalelerin önüne geçtiği oranda yaşam hakkı ve diğer bütün temel hak ve özgürlüklerin korunmasına yardımcı olacak bir değişikliktir.

2001 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri ile bireylere sosyal ve ekonomik haklar alanında ise çok ileri ve somut haklar tanındığını söylemek güçtür. Siyasi hak ve özgürlükler alanında ise vatandaşlık hakkı eşitliğe uygun olarak tekrar düzenlenmiş, taksirli suçlardan hüküm giyenlerin oy kullanması sağlanmış, siyasi partilerin kapatılmasına neden olan odak kavramı tanımlanmış, siyasi partiler için temelli kapatılma yerine işledikleri fiillerin ağırlığına göre kısmen ya da tamamen devlet yardımından yoksun bırakılması yaptırımı getirilmiş, yabancılara da karşılıklı esas gözetilerek TBMM'ye dilekçe ile başvuru hakkı tanınmıştır. Siyasi hak ve özgürlükler alanında yapılan değişiklikler genel olarak vatandaşların siyasi hak ve özgürlüklerini genişleten ve siyasi partilerin demokratik hayatın vazgeçilmez unsurları olma özelliğini güçlendiren değişiklikler olmuştur. 2001 Anayasa değişikliklerinin hukuk devletiyle doğrudan ilgili olan diğer bir düzenlemesi ise Anayasa'nın geçici 15'inci maddesinde yapılan değişikliktir. Bu değişiklikte birlikte artık 12 Eylül askeri yönetiminde çıkarılan kanun, kanun hükmünde kararnameler ile diğer karar ve tasarrufların hukuk devletinin bir gereği olarak Anayasa'ya aykırılığı iddia edilebilecektir. Bu tarihte yapılan Anayasa değişikliklerinden temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında genel sınırlama nedenlerinin kaldırılması, bireysel ve siyasi hak ve özgürlüklerin genişletilmesi, yargı denetimi dışında tutulan bazı işlemler için yargı yolunun açılması gibi değişiklikler, 1982 Anayasası'nın temel felsefesini değiştirme yönünde önemli adımlar olarak nitelenebilir.

1982 Anayasası'nda 27. 12. 2002 tarih ve 4777 sayılı Kanunla yapılan değişiklikte ise Anayasa'nın milletvekili seçilme yeterliliğini düzenleyen 76'ncı maddesindeki "*ideolojik ve anarşik eylemler*" ibaresi yerine "*terör eylemleri*" ibaresinin getirilmesi hukuk devleti

⁶⁴⁶ Bu değişiklikte başlangıç bölümündeki "hiçbir düşünce ve mülahazanın" ibaresi "hiçbir faaliyetin" ibaresiyle değiştirilmiştir.

açısından önemlidir. Anayasa'nın 76'ncı maddesinde yapılan bu değişiklikle ideolojik ve anarşik eylemler ibaresi yerine daha açık, belirli ve somut bir kavram olan terör eylemleri ibaresi getirilerek hukuk devletinde kuralların sahip olması gereken niteliklere daha uygun bir düzenleme kabul edilmiştir. Böylece bireylerin düşünce ve ifade özgürlüğünün sınırları genişlemiş ve milletvekili seçilebilme hakkı daha önceki düzenlemeye göre güvenceli kılınarak, keyfi uygulamalara kapalı hale getirilmiştir.

1982 Anayasası'nda 07. 05. 2004 tarih ve 5170 sayılı Kanunla ise dokuz maddede değişiklik yapılmış, bir madde ise yürürlükten kaldırılmıştır. Bu değişikliklerden hukuk devleti açısından en önemli sonuç doğurana ölüm cezasının verilmeyeceği hükmünün Anayasa'ya girmiş olması (m. 38/10) ve ölüm cezasına ilişkin olan Anayasa'daki atıfların (AY m. 15/2, 17/4, 38/9, 87) çıkartılmasıdır. Ölüm cezasının Anayasa ve hukukumuzdan tamamen çıkartılması, insanlar için en üst konum ve değerde olan yaşam hakkını güvence altına alan ve bu hakka yönelik yasalarla getirilebilecek her türlü müdahaleyi dışlayan bir değişikliktir. Ayrıca yaşam hakkı diğer bütün hakların da ön koşulu olduğu için, ölüm cezasının kaldırılması diğer temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından önemlidir. Ölüm cezasının en üst hukuk normu olan Anayasa tarafından yasaklanmasıyla, ülkemizde özellikle hukuk devletinin askıya alındığı dönemlerde ve büyük ölçüde hukuk dışı gerekçelerle uygulanan bir yaptırım olma özelliğini taşıyan ölüm cezası, artık bireylerin en önemli hakkı olan yaşamlarına yönelik keyfi ve hukuk dışı müdahalelerin aracı olamayacaktır. 2004 yılında yapılan değişikliklerden hukuk devleti açısından diğer önemli olanları ise insan haklarına ilişkin uluslararası andlaşmalarla kanunların farklı hükümler içermesi durumunda andlaşma hükümlerinin uygulanacağını öngören ve DGM'lerin Anayasal niteliğini kaldıran değişikliklerdir.

1982 Anayasası'nda 21. 06. 2005 tarih ve 5370 sayılı Kanunla Anayasa'nın 133'üncü maddesinde yapılan değişiklikle ise Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Anayasal nitelik kazanmıştır. Anayasa'ya RTÜK ile ilgili olarak eklenen hüküm esas itibariyle 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları hakkında Kanunun 6'ncı maddesinin bir tekrarı niteliğindedir.⁶⁴⁷ RTÜK ile ilgili olarak yapılan bu değişiklik bağımsız ve tarafsız bir radyo ve televizyon yayıncılığına katkı sağladığı oranda düşünce ve ifade özgürlüğünü genişletebilecek ve böylelikle çoğulcu demokrasi ve hukuk devleti ilkelerinde ilerleme sağlanabilecektir. 1982 Anayasası'nda 29. 10. 2005 tarih ve 5428 sayılı Kanunla ise Anayasa'nın bazı maddelerinde yer alan "*genel ve katma bütçeler*" ibaresi yerine "*merkezi*

⁶⁴⁷ Erdem, s. 157.

yönetim bütçesi” ibaresi konulmuştur. 5428 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişiklikleri ise hukuk devletiyle ilgili değildir.

1982 Anayasası’nda 31 Mayıs 2007 tarih ve 5678 sayılı Kanunla Anayasa’nın 77, 79, 96, 101 ve 102’inci maddeleri değiştirilmiştir. Anayasa’da 2007 yılında yapılan bu değişikliklerle Cumhurbaşkanı’nın TBMM yerine halk tarafından seçilmesi öngörülmüştür (AY m. 101/1, 102/2). Böylelikle daha önceden de Cumhurbaşkanı’nın yetkilerini parlamenter bir sisteme göre aşırı fazla tuttuğu için yarı başkanlık sistemine yakın olduğu görüşleri ileri sürülen 1982 Anayasası, bu değişikliklerle tamamen bir yarı başkanlık sistemine doğru yönelmiş; hatta bazı görüşlere göre Anayasa yarı başkanlık sisteminin tipik unsurlarını asgari olarak bünyesine almıştır. Bir hukuk devletinde hükümet sisteminin parlamenter, başkanlık ya da yarı başkanlık sistemi olması zorunlu bir unsur niteliği taşımaz. Dolayısıyla bu üç hükümet şekli de hukuk devletinin gereği olan, kendi içerisinde hukukla düzenlenen, kendi dışında da hukukla sınırlanan devlet iktidarı ve bu devlet iktidarı karşısında bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin üstünlüğü düşüncesiyle bağdaşabilir. Ancak ülkemiz gibi asırlar boyu tek kişinin mutlak yönetiminde idare edilen bir toplumda, yürütmenin başı sıfatıyla Cumhurbaşkanı’na aşırı yetkiler verilmesi ve bir de halk tarafından seçilerek siyasal anlamda güçlü bir Cumhurbaşkanlığı makamı yaratılması, siyasal, sosyal, kültürel faktörlerle ülkemizde tek kişi yönetimine doğru bir yönelişe ve hukuk devleti evrim sürecinin geri dönmesine neden olabilir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı’nı halkın seçmesine ilişkin olarak 2007 yılında yapılan değişikliğin hukuk devletine etkileri ülkemiz özelinde hukuki olmaktan çok toplumsal bir araştırmayı gerekli kılar.

9 Şubat 2008 tarih ve 5735 sayılı Anayasa’da değişiklik öngören Kanunla ise Anayasa’nın kanun önünde eşitliği düzenleyen 10’uncu maddesinde ve eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevini düzenleyen 42’nci maddesinde yapılması öngörülen değişiklikler; Anayasa Mahkemesi’nin 05. 06. 2008 tarih ve E. 2008/16, K. 2008/116 sayılı kararı ile iptal edilmiş ve bu değişiklikler yürürlüğe girmemiştir. Anayasa’da değişiklik öngören bu kanunla her türlü kamu hizmetinden yararlanmada eşitlik ilkesi getirilmekte ve bireylerin yükseköğrenim haklarını kullanmasının engellenmesi kanunda bu konuda açık bir hükmün bulunmasına bağlanmaktaydı. Ancak Anayasa Mahkemesi’nin bu Kanunu iptal etmesi birçok eleştiriyi de beraberinde getirmiştir. Anayasa Mahkemesi’ne yönelik eleştiriler özetle, Mahkeme’nin Anayasa’dan almadığı bir yetkiyi kullandığı ve bu nedenle de yasama organının yetki alanına müdahale ederek bir kuvvetler ayrılığı ihlali gerçekleştirdiği noktasında toplanmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu kararında Anayasa’nın 148’inci maddesinde yer alan Anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından denetleyeceğini öngören hükmü yorum yoluyla ihmal etmiş, Anayasa’ya aykırı

olarak kendi yetkilerini yasama organı aleyhine genişletmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa değişikliklerinin, değiştirilemez maddelere aykırı olanları içerik yönünden inceleyip inceleyemeyeceğine ilişkin farklı görüşlere bağlı olarak, Anayasa Mahkemesi kararının bir kuvvetler ayrılığı ilkesi ihlali olup olmadığı görüşleri de değişebilecektir. Ayrıca Anayasa değişikliğinin Anayasa'nın değiştirilemez maddelerine ne kadar aykırı olup olmadığı da ayrı bir tartışma konusudur.

1982 Anayasası'nda 7 Mayıs 2010 tarih ve 5982 sayılı Kanunla önemli ve kapsamlı değişiklikler gerçekleştirilmiştir. 2010 yılında Anayasa'da yapılan değişiklikler konu bakımından belli bir alanla sınırlı olmayıp Anayasa'nın bütününe kapsamına almaktadır. Bu değişikliklerden önemli bir kısmı hak ve özgürlükler alanına ilişkin olmakla beraber, 2010 yılında yapılan bu Anayasa değişikliklerinin temel konusunu Cumhuriyetin Temel Organları içerisindeki “*Yargı*” bölümü (AY m. 138-160) oluşturmaktadır.⁶⁴⁸ 2010 yılında Anayasa'da yapılan bu değişiklikler çeşitli toplum kesimleri tarafından çok farklı algılanmış ve birçok tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Bu Anayasa değişikliklerine ilişkin tartışmalar ise genellikle aynı konu üzerinde birbirinden taban tabana zıt görüşlerin karşılıklı olarak ileri sürülmesi şeklinde gerçekleşmiştir. Bu zıtlamalara konumuz açısından örnek vermek gerekirse bazı kesimler bu Anayasa değişiklikleri ile hukukun üstünlüğünün hakim kılınacağını ifade ederken, diğer bazı kesimler ise bu Anayasa değişiklikleri neticesinde Türkiye'nin bir polis devleti olacağını savunmuşlardır.

Üzerinde yoğun tartışmalar yaşanan 2010 yılı Anayasa değişikliklerinden ilki kanun önünde eşitliği düzenleyen Anayasa'nın 10'uncu maddesinde olmuştur. Bu değişiklikte toplumsal açıdan dezavantajlı olan bazı kesimler için maddi anlamda eşitlik sağlayıcı hükümler getirilmiştir. Ancak eşitlik konusunda Anayasa'ya eklenen hükümlerin 10'uncu maddenin kapsamında zaten olduğu ve Anayasa'nın bu değişiklik yapılmadan önceki hükümlerinin de örneğin pozitif ayrımcılık gibi toplumsal yaşamda eşitlik sağlamaya yönelik uygulamalar için elverişli olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın 10'uncu maddesinde yapılan değişikliğin hukuk devletinin gereği olan eşitlik ilkesi açısından önemli bir ilerleme sağlamadığı iddia edilmiştir. Ayrıca Anayasa'nın 20'nci maddesinde kişisel verilerin korunmasına ilişkin olarak getirilen düzenleme ise kişisel verilerin hukuka aykırı bir şekilde toplanmaması, işlenmemesi ve kullanılmaması gibi Anayasal güvenceler getirerek, kişisel verilerin korunmasına yardımcı olabilecektir. Ancak kişisel verilerin kanunla öngörülen her halde ve ayrıca bu konuda hiçbir ilke ve ölçüt belirtilmeden işlenebilmesi (AY m. 20/3), kişisel verilerle ilgili getirilen bu düzenlemenin yeterli Anayasal güvenceleri

⁶⁴⁸ Kaboğlu, 2010, s. 250.

içermediğini göstermektedir. Bu nedenle yapılan Anayasa değişikliği kadar –hatta daha fazla– bu konuda çıkarılacak olan yasa hükümleri de önem taşımaktadır.

2010 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri ile Anayasa'nın sosyal ve ekonomik haklar bölümünde hukuk devleti açısından dikkate değer değişiklikler sendikal haklar alanında yapılmıştır. Bu değişikliklerle Anayasa'da kamu görevlileri için toplu görüşme hakkı yerine, toplu sözleşme hakkı (AY m. 53/3) tanınmıştır. Ancak toplu sözleşme hakkı grev hakkından yoksun olduğu için kamu görevlilerinin bu hakkı Anayasa'da son derece güçsüz bir şekilde tanınmış ve kamu görevlilerinin diğer ekonomik ve sosyal haklarının sağlanmasında grev hakkının etkili bir araç olarak kullanılmasının önü açılmamıştır. Ayrıca idari bir kurum olan Kamu Görevlileri Hakem Kurulu'nun kamu görevlilerinin hakları konusunda vermiş olduğu kararların kesin oluşu ve yargı denetimi dışında tutulması (AY m. 53/4) hem hukuk devleti hem de demokrasi açısından sorunlu bir düzenlemedir. Sendikal haklar alanında hukuk devleti açısından yapılan diğer bir olumsuz düzenleme ise sendikaların üyeleri adına dava açabilmelerinin Anayasa'dan çıkartılması olmuştur. Bundan başka Anayasa'nın sosyal ve ekonomik hak ve ödevler bölümünde (AY m. 41, 51, 53, 54) kapsamlı olmayan ve hukuk devletine etkisi çok sınırlı düzeyde kalan diğer başka değişiklikler de gerçekleştirilmiştir. Genel olarak 2010 yılında 1982 Anayasası'nda temel hak ve özgürlükler alanında yapılan Anayasa değişikliklerinin yeterli derecede ileri adımlar olmadığı ifade edilmiştir.⁶⁴⁹ Hatta Anayasa'nın sosyal ve ekonomik haklar alanında yapılan değişikliklerle, kamu görevlilerinin sendikal hakları konusunda bir geri gidiş olduğu bile söylenebilir.

1982 Anayasası'nda 2010 yılında hukuk devleti açısından önem taşıyan bir diğer değişiklik ise 74'üncü maddede gerçekleşmiştir. Bu değişiklikle Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişiyle ilgili şikayetleri dinlemekle görevli bir kurul olarak teşkil edilmiştir (AY m. 74/4). Bu Kurum idare ile ilgili şikayetleri dinleyip, idare içindeki hukuka aykırılıkları önleyebildiği ve sorumluların yargı önüne çıkarılarak haksızlıkların giderilmesine yardımcı olduğu ölçüde hukuk devletinin ilerlemesine katkıda bulunacak ve vatandaşların temel hak ve özgürlüklerinin korunmasına yardımcı olacaktır. Ancak Kamu Başdenetçisi'nin TBMM tarafından seçilecek olması ve bu Kurum hakkındaki düzenlemelerin Anayasal hiçbir ilke, esas ve ölçüt öngörülmeden yasaya bırakılması Kurumun görevlerini yasama ve yürütme organından tam bir bağımsızlık içinde yapmasını zorlaştırabilecektir. Yine 74'üncü maddede 2010 yılında yapılan değişiklikte bilgi edinme hakkı (AY m. 74/3) Anayasal bir hak konumuna gelmiştir. Bilgi edinme hakkı idarenin daha açık ve şeffaf davranmasını sağlayarak, hukuk devletinin yönetenlerin de hukuka bağlı olması gereğini sağlamada etkin

⁶⁴⁹ Kaboğlu, 2010, s. 215.

bir rol oynayabilecektir. Vatandaşların bu şekilde bilgi edinme haklarını kullanmasıyla kamusal işlemlerdeki yolsuzluk ve usulsüzlükler de en aza inebilecektir. Ancak Kamu Denetçiliği Kurumunda olduğu gibi, bilgi edinme hakkına ilişkin hususların düzenlenmesinde Anayasal hiçbir ilke ve ölçütün öngörülmemesi (AY m. 74/son), bu hakkın etkin biçimde kullanılmasını yasama organının kabul edeceği yasaya bırakmaktadır.

1982 Anayasası'nda 2010 yılında yapılan değişikliklerden hukuk devletiyle ilgili olan bir diğer değişiklik 125'inci maddede gerçekleşmiştir. Bu maddede yapılan değişiklikle bir idari kurum olan Yüksek Askeri Şura'nın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma işlemleri hariç bütün ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açılmış; buna karşılık Şura'nın diğer bütün kararlarına karşı yargı yolu yine kapalı tutulmuştur. Hukuk devletine açık bir şekilde aykırı olan bu maddenin hukuk devletine tamamen uygun hale getirilerek, idari bir kurum olan Şura'nın, bütün kararlarının yargı denetimine açılması gerekirdi. Anayasa'nın ilk şeklinde Yüksek Askeri Şura kararlarının yargı denetimi dışında tutulması daha anlaşılabilir bir durumdu. Çünkü 1982 Anayasası 12 Eylül yönetimi tarafından, demokrasinin askıya alındığı olağanüstü bir dönemde ve ağır koşullar altında hazırlanmıştır. Buna karşılık demokratik yöntemlerle oluşan ve 2010 Anayasa değişikliklerini gerçekleştiren TBMM'nin, 125'inci madde hakkında niçin böyle eksik bir düzenleme getirdiğini anlamak güçtür. Anayasa'nın 129'uncu maddesinde yapılan diğer bir değişiklikle ise uyarı ve kınama cezalarını yargı denetimi dışına alma konusundaki yasama organına ait yetkinin kaldırılması (AY m. 129/3) kuşkusuz hukuk devletine uygun bir değişikliktir.

Anayasa'da 2010 yılında yapılan değişikliklerle adalet hizmetlerinin denetimi yan başlığını alan 144'üncü maddede yapılan değişiklik de yargı bağımsızlığı ve hukuk devletiyle ilgili bir değişikliktir. Bu maddede yapılan değişikliğin olumlu yönü hakimlerin denetiminin madde kapsamından çıkartmış olmasıdır. 2010 Anayasa değişiklikleri ile hakimlerin denetimlerinin 159'uncu madde kapsamında HSYK'ya bağlı olarak görev yapan müfettişler aracılığıyla yapılması öngörülmüş ve Adalet Bakanı'nın hakimler hakkında denetim başlatabilmesinin belli ölçüde önüne geçilerek yargı bağımsızlığı açısından daha olumlu bir düzenleme getirilmiştir. Yeni düzenleme ile Adalet Bakanı'nın hakimler hakkındaki bu tür bir denetimi başlatabilmesi yetkisi ilgili HSYK dairesinin teklifinin olması koşulu (AY m. 159/9) ile sınırlandırılmıştır. Ancak savcılarının denetiminin 144'üncü madde kapsamında kalması yargı bağımsızlığı açısından istenilen düzeyin yakalanmadığını göstermektedir. 2010 yılında yapılan değişikliklerle askeri yargının görev alanının daraltılması ve askeri mahkemelerin kanunla düzenlenmesinde askeri hizmetlerin gereklerinin bir ölçüt olmaktan çıkartılması (AY

m. 145, 156, 157) ise hukuk devletinin gerekleri olan yargı bağımsızlığı ve doğal yargıç ilkeleriyle uyumlu olan ve hukuk devletini ileri taşıması muhtemel olan değişikliklerdir.

1982 Anayasası'nda 2010 yılında yapılan değişikliklerin esas itibariyle Cumhuriyetin temel kuruluşlarından olan yargı alanıyla ilgili olduğu ifade edilmişti. 2010 yılında yargı alanında yapılan Anayasa değişiklikleri ise esas itibariyle Anayasa Mahkemesi ve HSYK alanında odaklanmıştır. Anayasa yargısı ve HSYK gibi bağımsız kurullar hukuk devletinin gerçekleşmesinde önemli işlevler üstlenirler. Anayasa yargısı temel hak ve hürriyetlerin yasama organının çıkardığı kanunlarla ihlal edilmesinin ve meclis çoğunluklarının azınlıkların (muhalefettekilerin) haklarını çiğnemesinin, yani çoğunlukçu bir demokrasi anlayışının önündeki en büyük engeldir. Yine yargı bağımsızlığının yasama organı, yürütme organı, idare ve diğer toplumsal kesimlere karşı gerçek anlamda var olabilmesi için hakim ve savcılarının mesleki faaliyetleriyle ilgili işlemlerin bütün kişi ve kuruluşlardan ayrı ve bağımsız bir kurum tarafından yerine getirilmesi son derece önemlidir. Bu nedenle 2010 yılında Anayasa Mahkemesi ve HSYK hakkında gerçekleştirilen Anayasa değişiklikleri hukuk devletiyle doğrudan ilgili olan ve hukuk devletinin ülkemizdeki gelişimini ileri taşıyabilecek ya da geri götürebilecek nitelikte olan değişikliklerdir.

2010 yılında Anayasa Mahkemesi ile ilgili olarak yapılan değişiklikler, Anayasa Mahkemesi'nin bağımsızlığını daha öncesine göre çok daha ileri taşımayı başaramamıştır. Bu değişiklikler sonucunda da Anayasa Mahkemesi'nin oluşumunda, -eski düzenlemede olduğu gibi- yürütme organının başı olan Cumhurbaşkanı hala en etkin kişidir. Bu nedenle eski düzenlemedeki Anayasa Mahkemesi'nin bütün üyelerinin Cumhurbaşkanı tarafından seçilmesini öngören düzenleme ile yeni düzenlemedeki on yedi üyeden, on dördünün Cumhurbaşkanı tarafından seçileceği arasında nitelik olarak çok önemli bir farklılık yoktur. Çünkü her iki düzenleme de Anayasa Mahkemesi'ni büyük oranda yürütmenin etkisine açmakta ve yargı bağımsızlığının zedelenmesine kapı aralamaktadır. Aynı şekilde Mahkeme üyeliğine TBMM tarafından seçilen üç üyenin de parlamento çoğunlukları tarafından rahatlıkla seçilebilmesi bağımsız bir anayasa yargısı hakkında haklı kuşklar oluşmasına neden olmaktadır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin yeni yapısının siyasal etkilere önemli ölçüde açık olduğu ve eski düzenlemede olduğu gibi yargı bağımsızlığı ve hukuk devleti açısından sorunlar taşıdığı söylenmesi yanlış olmayacaktır. Yine halk tarafından seçildiği için belli oranda siyasallaşan Cumhurbaşkanı'nın yeni hukuki statüsü bu tür eleştirilerin yoğunlaşmasına neden olmaktadır.

Anayasa Mahkemesi hakkında 2010 yılında yapılan diğer değişiklikler arasında ise hukuk devleti ve yargı bağımsızlığı açısından hem olumlu hem de olumsuz olarak değerlendirilebilecek düzenlemeler vardır. Örneğin bir kimsenin iki defa Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçilemeyecek olması (AY m. 147/1), Yüce Divan kararlarına karşı tekrar inceleme yolunun açılması (AY m. 148/9), Mahkeme'nin iki bölüm ve Genel Kurul halinde çalışacak olması, siyasi partilere uygulanan yaptırımların daha sıkı esaslara bağlanması (AY m. 149/3) gibi düzenlemeler hukuk devleti ve yargı bağımsızlığı açısından olumlu sonuçlar yaratabilecektir. Buna karşılık, Anayasa Mahkemesi hakkındaki değişikliklerin hukuk devleti açısından taşıdığı eksiklikler ise genel olarak, yargı bağımsızlığı açısından yeterli güvence oluşturacak Anayasal ilke ve ölçütlerin olmaması ve Anayasa'da boşluklar olması noktasında toplanmaktadır. Yine Anayasa Mahkemesi'nin görevleri arasına 2010 yılında yapılan değişikliklerle giren bireysel başvurular da hukuk devleti açısından olumlu bir düzenleme olarak değerlendirilebilir. Ancak bireysel başvuruları konusu olan hak ve özgürlüklerin kapsamının sınırlı tutulması da ayrı bir eksiklikler (AY m. 148/3). Bütün bu nedenlerle Anayasa Mahkemesi hakkındaki değişikliklerin bağımsız bir anayasa yargısını gerçekleştirmeye uygun olmadığı ve Anayasa Mahkemesi'ni siyasi etkilere açtığı ifade edilmiştir.⁶⁵⁰ Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi hakkında yapılan değişiklikler için, hukuk devleti açısından olumsuz nitelikte olan değişikliklerin olumlu olanların değerini azalttığı veya yok ettiği; bu değişikliklerin hukuk devletini nasıl etkileyeceği ise bu konuda çıkarılacak yasa ve uygulamaya bağlı olarak şekilleneceği öngörüsünde bulunulabilir.

2010 yılında Anayasa'da HSYK hakkında yapılan değişikliklerin ise görece olumlu olduğu ve yargı bağımsızlığını daha ileri taşıyacağı değerlendirilmesini yapmak mümkündür. Bu değişikliklerle HSYK'nın yeni yapısının büyük çoğunluğunun adli ve idari hakim ve savcılar ile yüksek mahkemeler tarafından belirleniyor olması, bu Kurulun görevlerini yürütme, yasama organı ile idare ve toplumun diğer kesimlerinin etki ve baskılarından uzak bir şekilde yapmasını sağlayabilecektir. Ancak Anayasa Mahkemesi için getirilen eleştiriler büyük oranda HSYK için de geçerlidir. HSYK hakkında yapılan değişiklikler de olumluların yanında olumsuzları barındırmaktadır. Örneğin Kurul üyelerinin kanunlarda belirtilenlerden başka görev alamayacakları (AY m. 159/6), hakim ve savcılarının HSYK'ya bağlı müfettişler tarafından denetleneceği (AY m. 159/9), HSYK'ya bağlı bir genel sekreterlik kurulması gibi değişikliklerin yargı bağımsızlığını daha ileri taşıması muhtemeldir. Buna karşılık Adalet Bakanı'nın Kurul üzerindeki yetkilerinin artırılması (AY m. 159/7), HSYK'nın bütün kararlarının yargı denetimine açılmaması, HSYK'da görev yapan adli ve idari hakimler

⁶⁵⁰ <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=3783>. 20. 04. 2011.

hakkında Adalet Bakanı'nın idari denetim yetkilerine açık kapı bırakılması (AY m. 140/6) ve HSYK için güvence anlamında yeterli Anayasal ilke ve ölçütlerin olmaması, yapılan olumlu değişiklikleri belli ölçüde etkisizleştirebilecek ve bu değişikliklerin yargı bağımsızlığı ve hukuk devletine katkısını azaltabilecektir.

2010 yılında yapılan Anayasa değişikliklerinin göze çarpan bir özelliğinin -Anayasa Mahkemesi, HSYK ve Yüksek Askeri Şura değişikliklerinde olduğu gibi- sadece kısmi iyileştirmelerle yetinilmesi olarak görülmektedir. Bu değişikliklerle Anayasa'nın ilgili maddelerinde tam bir düzeltme yapılmamış, hukuk devleti açısından sorunlu olan maddeler varlığını devam ettirmiş; yine Anayasa'da ayrıntılı ve güvenceli düzenlemeler yapmak yerine yasalarla düzenlenecek konular mümkün olduğunca geniş tutulmuştur. Bu sebeple olsa gerek 2010 yılında yapılan değişiklikler çok farklı ve birbirinden taban tabana zıt tepki ve yorumlar almıştır. 2010 Anayasa değişiklikleri ile kısmi düzeltmeler yerine Anayasa'nın ilgili maddelerinde tam bir iyileştirme yapılarak hukuk devleti ve demokrasi açığının kapatılması uygun olurdu. Ancak 2010 yılında yapılan bu değişikliklere olumsuz açıdan bakmak yerine, olumlu açıdan bakılması gerektiği görüşü de ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre daha fazla bir kazanım yok diye, daha az olanlardan (mevcut Anayasa değişikliklerinden) vazgeçilmemelidir. Bir şeyi tamamıyla elde edememek o şeyi tamamen bırakmayı gerektirmez. Dolayısıyla bir kazanım anlamına gelen 2010 Anayasa değişikliklerinden, küçük bir hata ya da eksiklik gerekçe gösterilerek vazgeçmek doğru bir davranış değildir.⁶⁵¹

2010 Anayasa değişikliklerinin ayrıca yürütme organını Cumhurbaşkanlığı ekseninde daha öne çıkardığı ve güçlendirdiği, yasamayı mümkün olduğunca yargısal denetimden uzak tuttuğu, yargıyı ise yürütme ve yasamanın güdümüne koymaya çalıştığı ifade edilmiştir. Bu bakımdan 2010 Anayasa değişiklikleri ile Anayasa'nın ilk şeklinde mevcut olan erkler arasındaki dengesizlik daha fazla belirginleşmiş ve insan haklarına dayanan demokratik devlet idealinden biraz daha uzaklaşmıştır.⁶⁵² Böylece 2010 Anayasa değişiklikleri 1982 Anayasası'nın ilk şeklinde yer alan ruhu daha da pekiştirmiştir. Bu Anayasa değişikliklerinin ayrıca anayasal öncelikler yanılığını da beraberinde getireceği için esasen toplumumuzun gereksinimi olan alanlarda anayasal açılım gereklerinin ikinci plana atılabileceği söylenmiştir. Anayasa değişikliklerinde yapılan tercihlerin nedenleri üzerinde tutarlı ve tatmin edici açıklamalar olmaması ise bu durumun kanıtı olarak gösterilmiştir. 2010 değişiklikleriyle örneğin Anayasa'nın başlangıç kısmına dokunulmaması ya da düşünce ve ifade özgürlüğünün

⁶⁵¹ www.anayasa.gen.tr/derdiman-5982.htm. 14. 03. 2011.

⁶⁵² Kaboğlu, 2010, s. 283-284.

önünde engel olan maddelerde herhangi bir değişiklik yapılmaması, Anayasa değişikliğinin toplumsal alanda öncelikli konulara ilişkin olmamasının en açık göstergesidir.⁶⁵³

1982 Anayasası kabul edildiği dönemde bile demokrasi ve hukuk devleti açısından çok düşük bir seviyeyi temsil eden bir metindi. Anayasa'nın kabul edilışinden sonra geçen yaklaşık 30 yıla varan süreç içerisinde ayrıca Türkiye ve dünyada çok önemli değişimler yaşanmıştır. Kendi döneminin bile çok gerisinde olan 1982 Anayasası'nın değişen toplumsal ihtiyaçlara yanıt vermesi düşünülemezdi. Bu nedenle 1982 Anayasası'na kabul edilışinden kısa bir süre sonra 12 Eylül askeri yönetiminin etkileri henüz toplumsal ve hukuki hayatımızdan tam olarak silinmeden çeşitli eleştiriler yöneltilmeye başlanmıştır. Bu eleştiriler doğrultusunda 1982 Anayasası'nda beş yıl gibi kısa bir süre sonra değişiklikler yapılmaya başlanmış ve son Anayasa değişiklikleri olan 2010 yılına kadar birçok değişiklik gerçekleştirilmiştir. 1982 Anayasası'nda yapılan değişikliklerle Anayasa'nın demokrasi ve hukuk devleti konularındaki zaafları giderilmeye çalışılmış, Anayasa dünyada ve Türkiye'de değişen şartlara uyarlanmak istemiştir. Ancak Anayasa'da yapılan hiçbir değişiklik amacını tam olarak gerçekleştirememiş olmalı ki, Anayasa değişiklikleri yaşanan bu süreç içerisinde süreklilik kazanmış ve yenileri de devamlı olarak gündemde tutulmuştur. Bu sebeple 1982 Anayasası'nda yapılan değişikliklerin hukuki sorunlara çözüm getirdiğini, Anayasa'yı toplumsal gelişmelere uyarladığı, Anayasa'nın ilk şeklinde yer alan bireysel özgürlüklere karşı devlet otoritesini üstün tutan felsefesini değiştirdiğini ve toplumsal barışı sağladığını söylemek mümkün değildir.

Bu nedenle 1982 Anayasası'nda kısmi iyileştirmeler yapmak yerine demokrasi, hukuk devleti ve temel hak ve özgürlükler konusunda çağdaşlarının seviyesini yakalayan yeni bir anayasa yapma fikri çeşitli toplumsal kesimler tarafından savunula gelmiştir. 1982 Anayasası'nda 1987 yılından beri çok defa yapılan değişikliklerin ise toplumda var olan yeni bir anayasa yapmak fikrinin kaybolmasına yol açtığı ve Anayasa'da yapılan her değişikliğin yürürlükteki Anayasa'nın ömrünü biraz daha uzamasına neden olduğu eleştirisi getirilmiştir. Bu şekilde 1982 Anayasası'nda yapılan her değişikliğin, yeni bir anayasanın önünü belli ölçüde kapattığı ifade edilmiştir.⁶⁵⁴ 1982 Anayasası'nda kısmi düzeltmeler yapmak yerine, bu Anayasa'yı tamamen değiştirmek düşüncesi ise demokrasi ve hukuk devletimiz açısından tartışılması ve değerlendirilmesi gereken bir konudur. Ancak yeni bir anayasa ile 12 Eylül döneminin 1982 Anayasası'na sinmiş olan felsefesinden tam anlamıyla bir kurtuluş mümkün olabilecektir. Bu şekilde ülkemizde yaşanan hukuki, siyasal ve sosyal sorunlarının

⁶⁵³ Kaboğlu, 2010, s. 285.

⁶⁵⁴ Kaboğlu, 2010, s. 284.

çözümlemek ve toplumsal kesimler arasında sosyal barışı ve huzuru sağlamak mümkün olabilecektir. Yine anayasanın toplumsal gelişmelere uyarlanması ve toplumsal bir sözleşme olması bu şekilde sağlanabilecektir.⁶⁵⁵ Şunu da belirtmek gerekir ki yeni bir anayasa yapılırken 1961 Anayasası'nın hazırlanması sırasındaki hataya düşülmemeli ve bütün toplumsal kesimler bu anayasanın yapılışına katılmalı ve söz sahibi olabilmelidir. Geniş bir katılımın ve serbest bir tartışma ortamının sonunda oluşan yeni bir anayasa ülkemizdeki hukuk devleti gelişimini, mevcut Anayasa'da yapılan değişikliklere göre çok daha ileri düzeye taşıyabilecek ve hukuk devletinin çağdaş demokrasilerde olduğu seviyelerde uygulanmaya geçirilmesi sağlanabilecektir.

⁶⁵⁵ 1982 Anayasası'nın insan hakları aleyhine ve otorite lehine olan temel düşüncesinin Anayasa'da yapılan değişikliklerle düzeltilemeyeceği ve daha demokratik, insan hakları ve özgürlükler ekseninde bir anayasanın ise ancak 1982 Anayasası'nın tamamen değiştirilmesi suretiyle olabileceği ifade edilmiştir. Sancar, s. 159.

KAYNAKÇA

- Akad, Mehmet; Dinçkol, Bihterin, *Genel Kamu Hukuku*, Der Y., İstanbul, 2000.
- Akartürk, Ali, *1995 Anayasa Değişikliği Işığında Memurların Sendikal Hakları*, Alkım Y., İstanbul, 1998.
- Aksoy, Necdet, *Sivil Toplum ve Baskı Grupları*, Kaknüs Y., İstanbul, 2008.
- Akşin, Sina, *Ana Çizgileriyle Türkiye'nin Yakın Tarihi*, İmaj Y., Ankara, 2006.
- Algan, Bülent, *Sosyal Ekonomik ve Kültürel Hakların Korunması*, Seçkin Y., Ankara, 2007.
- Arslan, Zühtü, “Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, İstanbul Barosu Y., İstanbul, 2003.
- Atar, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, Mimoza Y., Konya, 2000.
- Atar, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, Mimoza Y., Konya, 2007.
- Caniklioğlu, Meltem, *Anayasa Arayışları ve Türkiye*, BDS Y., İstanbul, 1998.
- Centel, Nur; Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Y., İstanbul, 2008.
- Demiray, Nezahat, “Dernek Özgürlüğü ve Sivil Toplumda Uygunluk Kriteri”, *Hukuk Felsefesi Sosyolojisi Arkivi*, İstanbul Barosu Y., İstanbul, 2008.
- Derdiman, Cengiz, *İdare Hukuku*, Alfa Akademi Y., Bursa, 2007.
- Dikici, Fatih, *Anayasa Hukuku*, Seçkin Y., Ankara, 2009.
- Erdem, Hüsnü, “1982 Anayasasının Serüveni”, *Hukuk Felsefesi Sosyolojisi Arkivi*, İstanbul Barosu Y., İstanbul, 2006.
- Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Orion Y., Ankara, 2007.
- Erdoğan, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1999.
- Erdoğan, Mustafa, *Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset*, Liberte Y., Ankara, 2001.
- Erginay, Akif, *Kamu Maliyesi*, Savaş Y., Ankara, 1998.
- Eroğul, Cem, *Anatüzeeye Giriş*, İmaj Y., Ankara, 2007.
- Esen, Bülent Nuri, *Anayasa Hukuku - Genel Esaslar*, Ayyıldız Matbaası, 1970, Ankara.
- Giritli, İsmet; Sarmaşık, Jale, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Beta Y., İstanbul, 2001.
- Gören, Zafer, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Dokuz Eylül Üniversitesi Y., İzmir, 1999.
- Gören, Zafer, *Anayasa ve Sorumluluk*, Dokuz Eylül Üniversitesi Y., Ankara, 1995.

- Gözler, Kemal, *Anayasa Değişiklikleri Gerekli mi? 1982 Anayasası için Bir Savunma*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2001.
- Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Ekin Y., Bursa, 2010.
- Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Erkin Kitabevi, Bursa, 2000.
- Gözübüyük, Şeref, *Anayasa Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003
- Gözübüyük, Şeref, *Yönetmelik Yargısı*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.
- Günay, Cevdet, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Uygulaması*, Yetkin Y., Ankara, 2007.
- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Y., Ankara, 2002.
- Güriz, Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1999.
- Hasdemir, Tuğba, *Kamusal İletişimde Bilgi Edinme Hakkı*, Dipnot Y., Ankara, 2007.
- Kaboğlu, İbrahim Ö., *Anayasa Hukuku Dersleri*, Legal Y., İstanbul, 2005.
- Kaboğlu, İbrahim Ö., *Anayasa ve Toplum*, İmge Kitabevi, Ankara, 2000.
- Kaboğlu, İbrahim Ö., *Anayasa Yargısı*, İmge Kitabevi, İstanbul, 1994.
- Kaboğlu, İbrahim Ö., *Değişiklikler Işığında 1982 Anayasası*, Halk Neyi Oylayacak, İmge Kitabevi, Ankara, 2010.
- Kaboğlu, İbrahim Ö., *Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı*, Afa Y., İstanbul, 1998.
- Kanadoğlu, Korkut, *Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması*, Beta Y., İstanbul, 2000.
- Karayalçın, Yaşar, "Hukukun Üstünlüğü", *Hukuk Felsefesi Sosyolojisi Arkivi*, Afa Y., İstanbul, 1998.
- Kardaş, Ümit, *Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yetkileri*, Kazancı Y., İstanbul, 1992.
- Koca, Mahmut; Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Y., Ankara, 2008.
- Küçük, Adnan, "Hukuk Devleti Kavramı ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti" *Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal*, Adres Y., Ankara, 2008.
- Odyakmaz Zehra; Kaymak Ümit, Ercan İsmail, *Anayasa Hukuku İdare Hukuku*, Arıkan Y., İstanbul, 2008.
- Ortaylı, İlber, *Osmanlı'da Değişim ve Anayasal Rejim Sorunu*, Türkiye İş Bankası Y., İstanbul, 2008.

- Ökçesiz, Hayrettin, “Hukuk Devleti”, *Hukuk Devleti Sosyolojisi Arkivi*, Afa Y., İstanbul,1998.
- Ökçesiz, Hayrettin, *Hukuk Politikası'ndan*, Yeni İnsan Y., İstanbul, 2008.
- Özay, İlhan, “Yolsuzlukla Mücadelenin Yasal ve Hukuksal Çerçevesi”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, İstanbul Barosu Y., İstanbul, 2003.
- Özbek, Veli Ö., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Y., Ankara, 2006(a).
- Özbek, Veli Ö., *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı*, Seçkin Y., Ankara, 2008.
- Özbek, Veli Ö., *Yeni Türk Ceza Kanununun Analamı*, Seçkin Y., Ankara, 2006(b).
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Y., Ankara,2003.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Y., Ankara, 2008.
- Öztan, Bilge, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- Öztürk,Bahri; Erdem, Mustafa, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Y., Ankara, 2008.
- Parla, Taha, *Türkiye'de Anayasalar*, İletişim Y., İstanbul, 2002.
- Radbruch, Gustav, “Ölüm Cezası”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, İstanbul Barosu Y., İstanbul, 2002.
- Raz, Joseph, “Hukuk Devleti ve Erdemi”, *Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir ideal*, Adres Y., Ankara, 2008.
- Sancar, Mithat, “Devlet Akli” *Kıskacında Hukuk Devleti*, İletişim Y., İstanbul, 2000.
- Schmitt, Carl, “Liberal Hukuk Devletinin İlkeleri ve Hukuk Devletinde Kanun Kavramı”, *Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir ideal*, Adres Y., Ankara, 2008.
- Selçuk, Sami, “Düşün Özgürlüğü” *Hukuk Felsefesi Sosyolojisi Arkivi*, İstanbul Barosu Y., İstanbul, 2005.
- Sezginer, Murat, *Günümüz Demokrasilerinde Kuvvetler İlişkisi ve 1982 Anayasasında Sorunlar*, Seçkin, Y., Ankara, 2010.
- Soysal, Mümtaz, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Gerçek Y., İstanbul, 1997.
- Süzek, Sarper, *İş Hukuku*, Beta Y., İstanbul, 2002.
- Tanilli, Server, *Devlet ve Demokrasi (Anayasa Hukukuna Giriş)*, Adam Y., 2000.
- Tanör, Bülent, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, Yapı Kredi Y., İstanbul, 1999.

Tekir, Osman; Akkaş, Hüseyin, *Türkiye'nin Anayasa Krizi*, Kadim Y., Ankara, 2010.

Tepe, Harun, "Medya Düşünce Özgürlüğü ve İnsan Hakları", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, İstanbul Barosu Y., İstanbul, 2002.

Thomas, Paul, *Marx ve Anarşistler*, Ütopya Y., Ankara, 2000.

Tunç, Hasan, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Nobel Y., Ankara,

Tunç, Hasan; Bilir, Faruk; Yavuz, Bülent, *Türk Anayasa Hukuku*, Asil Y., Ankara, 2009.

Yılmaz, Faruk, *Türk Anayasa Tarihi*, Berikan Y., Ankara, 2007.

İnternet Kaynakları

<http://www.anayasa.gen.tr/1982ay.htm>. 05.12.2010.

<http://www.anayasa.gen.tr/derdiman-5982.htm>. 14.03.2011.

<http://www.anayasa.gen.tr/madde13.htm>. 29.05.2011.

<http://www.belgenet.com/yasa/iptal/k3511-1.html>. 12.03.2011.

<http://www.hacialiozhan.com/yargi.html>. 10.11.2010.

<http://www.hisse.net/forum/showthread.php?t=47796&page=3>. 15.12.2010.

<http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=3783>. 27.02.2011.

<http://www.idare.gen.tr/akillioglu-idariusul.htm>. 05,03,2011

<http://www.inadina.com/inadeski/sayi12/anayasa1.htm>. 20.11.2010.

<http://www.istanbulbarosu.org.tr/images/haber/idamecezasiturkcemetin2007.doc>. 20.05.2011.

<http://www.memurlar.net/haber/122486/>. 14.03.2011.

<http://www.nenedir.net/nedir/ozel-egitim/8495-pozitif-ayrimcilik-nedir.html>. 25, 05.2011.

<http://www.turkceyazi.com/ideoloji-nedir-ideoloji-hakkinda-ansiklopedik-bilgi.html>. 28,05,2011.

<http://www.turkhukukkurumu.org.tr/Siteyazi/20100330AnayasaMd4.pdf>. 14.3.2011.

http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1222.htm. 14.3.2011.

http://www.yenianayasaicin.org/?page_id=6. 15.11.2010.

Ö Z G E Ç M İ Ş

Adı ve SOYADI : Hasan SUNTUR

Doğum Tarihi ve Yeri : 15. 01. 1981, Manavgat/Çavuşköy

Medeni Durumu : Bekar

Eğitim Durumu

Mezun Olduğu Lise : Manavgat Anadolu Lisesi

Lisans Diploması : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yükseklisans Diploması:

Tez Konusu : 1982 Anayasası'nda Hukuk Devleti ile İlgili Değişiklikler

Yabancı Dil / Diller : İngilizce

Bilimsel Faaliyetler

İş Denevimi

Stajlar : Avukatlık Stajı

Projeler :

Çalıştığı Kurumlar : Çalışmıyor

Adres : Mısırlar Mahallesi, Kızılot Beldesi, Manavgat/Antalya