

PAPER DETAILS

TITLE: Hukukun Üstünlüğü (Kavram-Bazi Problemler)

AUTHORS: Yasar KARAYALÇIN

PAGES: 0-0

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/36567>

HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ (Kavram - Bazı problemler)*

Prof.Dr. Yaşar KARAYALÇIN**

I. KONU

1. 1961 ve 1982 Anayasalarında yeni kavramlar, hükümler :

Türk siyaset ve hukuk hayatına 1961 ve 1982 tarihli Anayasalar yeni ve önemli kavramlar getirmişlerdir. Bunlar arasında konumuzla ilgili başlıca kavram ve hükümler şunlardır :

- *Hukuk Devleti* : Türkiye Cumhuriyetinin niteliklerini belirten 1961 Anayasasının 2. maddesine göre "Türkiye Cumhuriyeti insan haklarına dayanan millî, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devletidir." 1982 Anayasasında aynı esaslar tekrar edilmiştir (m.2).

- *Değiştirilemeyecek hükümler* : 1961 Anayasasında sadece Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hükmün değiştirilemeyeceği ve değiştirilmesinin teklif edilemeyeceği belirtilmişti (m.4). 1982 Anayasası, bununla yetinmemiş ve 'Hukuk Devleti' deyiminin yer aldığı 2. maddenin de değiştirilemeyeceğini ve değiştirilmesinin teklif edilemeyeceğini kabul etmiştir.

- *Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı* : Bu konuda her iki Anayasa'da aynı hükümler yer almıştır.

"Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallardır" (1982 An. m. 11 f 1, 1961, An. m. 8 f 2).

"Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz" (1982 An. m. 11 f 2; 1961 An. m. 8 f 1).

* Bu inceleme, 11 Nisan 1992 tarihinde Türk Demokrasi Vakfı'nda verilen konferansa dayanır.

** Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Müdürü.

- *Hâkimler* : "Hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler" (1982 An. m. 138 f 1). 1961 Anayasasında bu hüküm şu farkla yer almıştır " ... Anayasa, kanuna, hukuka ve vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler" (m. 132 f 1).

Hukukun Üstünlüğü : 1961 Anayasasında sadece 'Hukuk Devleti' kavramı yer almıştır; 'hukukun üstünlüğü' kavramı yoktur.

"Hukukun üstünlüğü" kavramı Türk hukukuna 1982 Anayasası ile girmiştir. Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeleri ve Cumhurbaşkanı göreve başlarken "hukukun üstünlüğüne... bağlı" kalacaklarına dair and içeryler (m. 81, 103).

1961 Anayasasında Cumhurbaşkanı yemininde yer alan "hukuk devleti ilkelerinden ayrılmayacağına" (m. 96) kelimeleri milletvekillerinin yeminlerinde ise yoktur (m. 77) .

2. Federal Almanya Temel Kanunu : 1961 Anayasası hazırlanırken 1949 tarihli Federal Almanya Temel Kanunu (Anayasası) hükümlerinden de yararlanılmıştır. Bu bakımdan 1961 ve 1982 Anayasalarında yer alan yukarıdaki hükümler açısından Federal Almanya Temel Kanunundaki durumu belirtmekte yarar vardır.

Federal Almanya Temel Kanununda "hukuk devleti" kavramı *dolaylı* bir şekilde yer almıştır : "Yasama organı anayasal düzene, yürütme ve yargı organları ise kanun ve hukuka bağılıdırlar" (m. 20 f 3). Sadece Bavyera eyaleti (federe devleti) Anayasasında 'Hukuk Devleti' ilkesi açıkça ifade edilmiştir.

Federal Alman temel yasasında, ayrıca, hâkimlerle ilgili şu hüküm yer almıştır : "Hâkimler bağımsızdırlar ve yalnız kanuna tabidirler" (m. 97 f 1).

Federal Alman Temel Yasasında 'hukukun üstünlüğü' konusunda bir hüküm yoktur.

3. Problemler : "Hukukun üstünlüğü", Türkiye Barolar Birliği tarafından Ülkemizde savunulan ve 1982 Anayasasına geçmiş olan bir kavramdır.

19 Kasım 1991 tarihli DYP-SHP ortak hükümet protokolünde ve Demirel Hükümeti programında (RG. 1 Aralık 1991) yer alan "hukukun üstünlüğü" kavramı hukuk hayatımız yanında siyasî hayatımızda da sık sık kullanılan bir kavram olmuştur.

Kelime ve terimlerin hangi anlamlarda kullanıldığının belirtilmesi siyasî hayatta gerekli görülmeyebilir, hatta bazı sözcüklerin sihirli etkileri gözönüne alınarak, bunda fayda olduğu da düşünülebilir. Ancak yanlış anlamaları, gereksiz tartışmaları önlemenin ilk şartı, kullanılan sözcüklerin, deyimlerin içeriği konusunda görüşbirliğine varmaktır. Hukuk alanında kullanılan sözcüklerin, deyimlerin içeriğini açıkça tesbit etmek, hukuk biliminde araştırmanın, anlaşılmanın, tartışmanın ve anlaşmanın temel şartıdır.

1961 ve 1982 Anayasaları ile Türk hukuk hayatına giren yeni kavramlar ve düzenlemeler dolayısıyla başlıca şu problemler ortaya çıkmıştır:

Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü terimleri ile ne ifade edilmek istenmektedir? Bu iki terim arasında içerik açısından bir fark var mıdır? Biri, diğery yerine kullanılabilir mi?

İncelememizin asıl konusu budur.

Türk hukukunda bu alanda ortaya çıkan bazı problemleri de bu incelemede belirtmeye çalışacağım.

II. SİYASİ İKTİDARIN SINIRLANDIRILMASI

4. Toplumların Gelişme Süreci: İnsan toplumlarının gelişmesi değişik düzeylerde ve sürelerde gerçekleşmiştir. Amerikalı hukukçu, etnolog ve sosyal bilimci H. Morgan (1818-1881) toplumların vahşet, barbarlık ve uygarlık dönemlerinden geçtiklerini, K. Marx ise (1818-1883) toplumların gelişmesinde ilkel toplum-köleliğe dayanan toplum-feodal toplum-kapitalist toplum ve sosyalist toplum olmak üzere beş dönem olduğunu belirtmiştir.

Gelişme süreci ve dönemleri toplumlar için büyük mücadeleler ve ızdıraplarla doludur.

İnsan eti yiyen, insan kurban eden, insanları köle-efendi diye ayıran, renkli-beyaz olarak ayrı statü tanıyan, keyfi ve mutlak siyasi iktidarın hâkim olduğu toplumlardan çağımızın toplum düzeyine geçiş asırlarca sürmüştür.

Bugün dahi yer yüzündeki insan toplumları arasında gelişmenin belli bir döneminde kalmış, daha ileri gidememiş toplumlar vardır.

5. Siyasi İktidarın sınırlandırılması : Toplum içinde düzeni sağlayan gücün mutlak ve dolayısıyla çok defa keyfi iktidarı, haksızlıklar, eziyetler ve zulümler düşünen insanların yeni fikirler üretmesine, yeni çözümler aramasına sebep olmuştur.

Gelişmenin ilk safhalarında bulunan toplumlarda dahi bir kişinin iç ilişkide iktidarı yardımcıları yürüttüğü, yardımcıları güçlendikçe onlarla iktidarı bir ölçüde paylaşarak sınırlandırdığı kabul edilebilir.

Mutlak ve keyfi siyasi iktidarın sınırlandırılması, bu sınırlamanın siyasi iktidarın toplumda düzeni ve refahı sağlamasına engel olabilecek düzeyi aşması tehlikesini de ortaya çıkarmıştır. Böylece siyasi iktidarın sınırlandırılması konusu, bu sınırlandırmanın da bir sınırı olup olmadığı probleminin ortaya çıkmasına sebep olmuştur.

6. Sınırlandırmada dönemler : a) İç Hukukda : Siyasi iktidarlara sınırlandırılması çeşitli açılardan tasnif edilebilir. Fakat siyasi iktidarın sınırlandırılması önce bir iç hukuk problemi olarak ortaya çıkmıştır.

Bir devletin siyasi iktidarının o devletin dahil olduğu üst milletlerarası topluluğun benimsediği kurallara uygun olarak sınırlandırılması problemleri özellikle II. Dünya harbinden sonra ortaya çıkmış bulunmaktadır.

İç hukuk alanında sınırlama üç düzeyde gelişmiştir:

a) **Yasalarla sınırlama :** Mutlak iktidar sahibinin kendi koyduğu veya siyasi baskılarla kabul etmek zorunda kaldığı kurallar ile siyasi gücünü sınırlaması, yapmakla

veya yapmamakla mükellef olacağı hususları belirtmesi, siyasi güç tekeli başka güçlerle (asiller, askerler, din adamları, parlamento, mahkemeler) paylaşması iç hukuk ve devlet hayatında ilk sınırlamadır. 1215 yılında İngiltere Kralı John'un baronların baskısı sonucu kabul etmek zorunda kaldığı 63 maddelik *Magna Carta*, Osmanlı döneminde 1808 tarihli *Sened-i İttifak*, 3 Kasım 1839'da Abdülmecid'in ilân ettiği *Gülhane Hattı Hümayunu*, 1877 tarihli *Kanunname-i Esasi* kurallarla sınırlamanın tipik örnekleri sayılabilir¹.

Toplum hayatını yazılı kurallarla düzenlemenin (yani yasal düzenlemenin) çözüm ve/veya müeyyide açısından yetersiz kaldığını, pozitif hukukun yanında olması gereken, ideal hukukun da araştırılması gerektiğini 24-25 asır önce Aristo (M.Ö. 384-322) görmüştür. Kanun ile Hukuk (pozitif hukuk - ideal hukuk) arasındaki ilişki ve çatışma hukuk alanının değişmez konuları arasında yer alır².

Olması gereken ideal hukuk düzeninin hangi esaslara dayanması gerektiği asırlarca tabii hukuk taraftarlarınca tartışılmıştır. Din kurallarına, özellikle kutsal kitaplarda ifade edilen değerlere göre toplum düzeninin ve kişilerin devlet karşısındaki durumunun belirlenmesi gerektiğini savunan tabii hukuk taraftarları yanında bu ilişkilerin insanın tabiatına ve aklın gereklerine uygun olmasını, insanların temel haklarının yasalarla ihlâl edilemeyeceğini savunan tabii hukukçular da vardır³.

Amerika'da 1776 tarihli *Virginia Haklar Bildirisi*, aynı yıl yayınlanan *Bağımsızlık Bildirisi*, Fransa'da 1789 tarihli *İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi* ile toplum hayatına giren insanların yasalarla ihlâl edilemez temel hakları bulunduğu esasına dayanan düzenlemeler XIX. asırda gelişmiş ülkelerin Anayasalarında da yer almıştır (1809 İsveç, 1812 İspanya, 1814 Norveç, 1831 Belçika, 1850 Prusya, 1874 İsviçre gibi).

Siyasi iktidarın yasalarla sınırlanması, uygulamada kamu yönetiminin yasalara uygun işlem ve eylem yapma zorunluğu bağımsız mahkemeler tarafından yasalara uygunluk (*légalté*) denetimi mihnesesinin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Kıta Avrupasında İdarenin yasalara uygun olarak çalışmasını sağlamak, kişileri ve İdareyi korumak için genel mahkemelerin yanında ayrı bir idari yargı ortaya çıkmıştır.

¹Türk hukuku açısından bak. Onar, Prof. Dr. Sıddık Sami: *İdare hukukunun umumî esasları*, 3. bası, C. 1, 1966, genel olarak s. 139-145; Osmanlı İmparatorluğunda s.145-158, Cumhuriyet döneminde s. 158-214; Versan, Doç. Dr. Vakur: *Yakın tarihimizde İnkılap hareketleri ve hukuk devleti mücadelesi*, İst. Ba. D. 1960, sa. 5-6, s. 137-147; Velidedeoğlu, Prof. Dr. Hıfzı Veldet: *Türk Anayasası açısından hukuk devleti kavramı* Dan. D. 1973, sa. 11, s. 11-21; Ülgen, Prof. Dr. İsmail Hakkı: *Hukuk Devleti*, Dan. D. 1973, sa. 11, s. 3-10; Gür, A. Refik: *Hukuk devleti- Kazaî murakabe*, İstanbul, 1958 s. 20-21, Güngör, Burhan: "hukuk devleti", Dan. D. 1973, sa. 11, s. 30-31. Hatemi, Prof. Dr. Hüseyin : *Hukuk devleti öğretisi*, İstanbul, 1989, 453 s.

²Arsebük, A. Esat: *Kanun karşısında hukukun rolü*, Konferans, Ad. D.1947 sa. 2, s. 92-105 ; Hirsch, Prof. Dr. Ernst E.: *Vom Kampf des Rechtes gegen die Gesetze*, Archiv für Civilistische Praxis, 1975, s. 471-511.

³Le Fur, Prof. Louis : XVII. asırdan beri tabii hukuk nazariyesi ve modern doktrin, Çev. Doç. Dr. Nihat Arif Erim, 1940, 188 s., Kelsen/Perelman : *Le droit naturel*, Paris 1959, *Annales de Philosophie politique* III, 229 s.; Ambord, Dr. Bernard : *Du droit naturel au droit positif*, Sion, 1956, 107 s.

b) *Anayasa ile sınırlama* : XIX. asırda devletlerin temel yapısını düzenleyen ve Devlet-birey ilişkilerinin dayandığı temel kuralları, bireylerin temel hak ve hürriyetlerini gösteren anayasalar ile siyasi gücün sınırları çizilirken hukuk alanında şu problemler ortaya çıkmıştır:

aa) Gelişmiş bir toplumda yasama, yürütme ve yargı gücünün tek elde toplanmasının açık sakıncaları karşısında yasama, yürütme ve yargı güçlerinin ayrı kuruluşlar olarak düzenlenmesi, bu üç gücün kendi sorumluluk alanları içinde kalmaları, birbirlerini karşılıklı olarak denetlemeleri ve denge sağlamaları (check and balance) modern demokratik devlet yapısı için vazgeçilmez bir esas olarak benimsendi. Bu alanda ileri sürülen görüşler arasında Montesquieu'nün savunduğu *güçler ayrılığı* görüşü hâkim oldu: yasama gücü Anayasa'ya bağlı olarak yasaları kabul edecek, yürütme gücü yasalara uygun olarak kamu hizmetlerini yürütecek, yargı gücü de yasaları uygulayarak kişiler arasındaki veya devlet ile kişiler arasındaki davaları karara bağlayacaktır.

bb) Anayasa kurallarının - yasalar karşısında - üstünlüğü ilkesi benimsendikten (1961 An. m. 8, 1982 An. m. 11), yasaların anayasaya uygunluğunu denetleyecek bir Anayasa Mahkemesi oluşturulduktan, hele hiçbir şekilde temel hakkın özüne dokunulamayacağı ilkesi (Federal Alman Cumhuriyeti Temel Yasası m. 19 f 2, 1961 An. m. 11 f 2), temel hak ve hürriyetlerin Anayasa'nın 'sözüne ve ruhuna' uygun olarak kanunla sınırlanabileceği (1961 An. m. 11, 1982 An. m. 13 f 1), genel ve özel sınırlamaların 'demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı' olamayacağı (1982 An. m. 13 f 2) ilkeleri benimsendikten sonra yasaların 'hukuk'a aykırılığı değil, sadece Anayasa'ya aykırılığı söz konusu olabilir.

Bu safhada sadece Anayasa hükümlerinin "ideal toplum düzeni" açısından kapsamı, yetersizliği veya eksikliği tartışma konusu olabilir, olması gereken Anayasa, devlet düzeni ve temel haklar, bir tek kelime ile 'Hukuk' ile Anayasa hükümleri arasındaki farkın veya aykırılığın Anayasa Mahkemesi tarafından giderilebilip giderilemeyeceği, Anayasa Mahkemesinin bu konularda karar verme yetkisi olup olmadığı, böyle bir yetkinin Türk Milleti adına egemenliği kullanacak yetkili organların "Anayasanın koyduğu esaslara göre yetkilerini kullanabilecekleri" ilkesi ile (bak. 1961 An. m. 4 f 2, 1982 An. m. 6 f 2) bağdaşıp bağdaşamayacağı meselesi ortaya çıkar.

c) *'Hukuk' ile sınırlama* : Anayasa Mahkemesine böyle bir yetki tanındığı hallerde olması gereken veya istenen ideal hukuk ve devlet düzeni ile yürürlükteki Anayasa arasındaki farkları, aykırılıkları giderecek çözüm bulunmuş demektir. Ancak bu durumda Devletin düzenini, belli sayıda yüksek hâkimlerden oluşan Anayasa Mahkemesi tarafından belirlenmesi problemi veya hatta tehlikesi ortaya çıkacaktır [yargı devleti (Justizstaat) veya yargıçlar tarafından yönetim (gouvernement par les juges)].

Anayasa Mahkemesine böyle bir yetki tanınmayacak ise devletin 'hukuk devleti' olarak tanımlanmasının amacının ne olduğu, Hukuk'a uygunluk denetimini hangi organların yapacağı problemi ortaya çıkacaktır.

Toplumun özlediği ideal devlet ve hukuk düzeninin, temel hak ve hürriyetlere ait temel kuralların yer aldığı Anayasalarda 'Yasalara uygunluk', 'Anayasaya uygunluk' denetimi ile 'Hukuka uygunluk' büyük ölçüde gerçekleşir.

Bu sebeple 'Hukuk Devleti' kavramı pek çok Anayasa'da yer almamış, hatta bu alanda ızdıraplı bir dönem yaşamış olan Almanya'nın Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası'nda (m. 20) dahi bu kavram dolaylı bir şekilde ifade edilmiştir.

Bir toplumda temel hak ve hürriyetleri açıklayan, yasalara ve Anayasaya uygunluk denetimini kabul eden Anayasa düzeni yürürlükte olunca bu düzenin ve Anayasa hükümlerinin yetersizliği, 'Hukuk'ta hukuk ilkelerine, kutsal sayılan hukuk değerlerine aykırılığı iddiaları siyaset alanını ilgilendirir ve siyaset düzeyinde çözüm aranması, kabul veya red edilmesi gereken konular olarak tanımlanmalıdır.⁴ Bir hukukçu da bu konulardaki tartışmalara elbette katılabilir, hatta katılması da gereklidir. Ancak bu alanda şu veya bu görüşler ileri sürülürken bunların tartışılmaz değil, doğru veya yanlış, ilgililerin tercih ve görüşleri olduğu bilinmelidir.

7. b) Milletlerarası hukukda sınırlama : Devletlerin egemenliği milletlerarası hukuk alanında ikili veya çok taraflı anlaşmalarla sınırlanabilmektedir. Bir yabancı devletin vatandaşlarının bir ülke içindeki hukukî durumlarını düzenleyen, bir din veya mezheb mensuplarını, azınlıkları koruyan, köleliği ve köle ticaretini yasaklayan.... anlaşmalar ile bu anlaşmaların tarafları olan devletler kendi iradeleri ile egemenliklerini sınırlamışlardır.⁵

Devletlerin egemenliğini sınırlamayan, hukukî müeyyide söz konusu olmadan belli alanlarda sadece ortak ilkeleri, idealleri, hedefleri tesbit eden milletlerarası metinler de vardır. 1948 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen "Evrensel İnsan Hakları Bildirisi" böyle bir metindir.⁶

Millî devletler üstünde oluşturulan ve üye devletler arasında ortak idealleri ve ilkeleri korumak ve geliştirmek, ekonomik ve sosyal gelişmeyi sağlamak amacıyla oluşturulan topluluklarda egemenlikle ilgili haklar belli ölçüler içinde sınırlandırılmaktadır. 1949 yılında Avrupa devletleri arasında oluşturulan ve 1990 yılında 25 devletin üyesi bulunduğu Avrupa Konseyi'nde 1950 yılında "Avrupa İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi" imzalanmış, bu sözleşmede yer alan insan haklarının ve ana hürriyetlerin (T. 1-18) Avrupa Konseyi düzeyinde korunması için İnsan Hakları Avrupa Komisyonu ve Divanı ihdas edilmiş (m. 19-56) ve bu organlara kişisel müracaat hakkı tanıyacak (m. 25) üye devletler bu alanlarda da egemenlik haklarını sınırlamışlar, Divanın kararlarını uygulamayı taahhüt etmişlerdir (m. 53).

⁴Siyaset ile hukuk arasındaki ilişkiler, sınır problemleri için "Archives de Philosophie du Droit", 1971, C. XVI, s. 1-187 de yayınlanan 8 incelemeye, Türkiye'de "Siyaset ve Anayasa Mahkemesi" konusunda Doç. Dr. Artun Ünsal'ın aynı başlığı taşıyan eserine (A.Ü. SBF yay. 1980, s. XVI+ 352 s.) bak.

⁵Bu konuda genel olarak bak. Güncüz, Doç. Dr. Aslan. İktidar ve milletlerarası sınırları. İst. Ba. D. 1990 sa. 1-3, s. 14-64.

⁶Her canlının da tabii hakları bulunduğu, insanlar arasındaki saygı ile insanların hayvanlara karşı saygısının birbirinden ayrılanaz olduğu gibi görüşlerden hareket ederek 1978'de "Hayvan Hakları Evrensel Bildirisi" Paris'de kabul edilmiş, bu metin Milletlerarası Hayvan Hakları Lig'i tarafından 1989 yılında gözden geçirilerek kabul edilmiştir. Söz konusu metinde "Hayvanın hukukî kişiliği ve hakları kanun tarafından tanınmalıdır" hükmü de yer almıştır (m. 9)!

Azınlıkların korunması zaman içinde çok değişik açılardan en tartışmalı konular arasında yer almıştır. Bir ara milletlerarası anlaşmalara konu olan bu problem, II. Dünya harbinden sonra genel olarak 'hukuk devleti', özel olarak insan haklarından ve ana hürriyetlerinden hiç bir ayırım yapılmadan eşit olarak faydalanma ilkesi içinde çözümlenmek istenmiştir (Meselâ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 14).

Avrupa'da güvenlik ve işbirliği konusunda 34 devletin 1973 yılında Helsinki'de başlattığı çalışmalar değişik safhalardan geçerek 21.11.1990 tarihinde 34 devletin yetkilileri, bu arada Türkiye "Yeni bir Avrupa için Paris Şartı"nı imzalamıştır.

Paris Şartı ile 34 devlet "Yeni Avrupa'da" yeni bir demokrasi, sulh ve birlik çağı'nın hangi esaslara dayanacağını tesbit etmiş, **demokrasinin de insana ve hukuk devletine saygı esasına dayandığını** (s. 2,3), Avrupa Konseyinin, insan haklarının, demokrasi ve hukuk devleti prensiplerinin, kültürel işbirliğinin geliştirilmesinde önemli katkısı bulunduğunu belirtmiştir (s. 9).

Paris Şartını imzalayan devletler **işkenceye karşı olduklarını, bütün terrorist eylemleri, metodları ve uygulamaları suç saydıklarını, terörizmi ortadan kaldırmaya, devletlerin bağımsızlığını, egemenlikde eşitliğini veya toprak bütünlüğünü ihlâl edecek faaliyetlere karşı demokratik müesseseleri savunmak amacıyla işbirliği yapmaya kesin kararlı olduklarını** (s. 2, 10) açıklarken **millî azınlıkların etnik, kültürel, dil ve din kimliğinin korunacağını ve bu azınlıklara mensup kişilerin, bu kimliklerini, ayırım yapılmadan kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak açıklamak, korumak ve geliştirmek hakları bulunduğunu da kabul etmişlerdir** (s. 3,9). Millî azınlıklar konusunu çeşitli açılardan derinlemesine incelemek amacıyla Cenevre'de 1-19 temmuz 1991' de uzmanlar toplantıya davet edilmiştir (s. 10-11). Paris Şartı ayrıca insan hakları ve temel hürriyetler konusunda Avrupa Konseyi tarafından 10 Mayıs 1990 tarihinde kurulan 'Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu'nun faaliyetlerinden de faydalanılmasını gerekli görmüştür (s. 10).⁷

Paris Şartının öngördüğü ilkeleri uygulamaya geçirecek organların oluşturulması halinde bu şartı imzalayan devletlerin egemenlikleri, söz konusu organların siyasi etkileri altında kalacaktır.

Birleşmiş Milletler Teşkilatı Şartında yer alan "milletler arasında eşit haklar ilkesine ve halkların kendi siyasi kaderlerini tayin (self determination) ilkesine dayanan ilişkileri geliştirme" amacına (m. 1 f 2), 1952 yılında Genel Kurulun 'halkların isteklerinin plebisit veya diğer yollarla tesbit edilmesi' yolundaki kararına rağmen bu konu sadece siyasi düzeyde zaman zaman tartışılan bir konu olmuş, hukuk düzeyinde benimsenen bir ilke olmamıştır. Paris Şartında bu konuda herhangi bir hüküm mevcut değildir.

III. TERMİNOLOJİ MESELESİ

8- Genel olarak : Siyasi iktidarın sınırlı olduğunu belirtmek, yasaların yetersizliğini gidermek amacıyla çeşitli terimler kullanılmış, çözümler önerilmiştir:

⁷Türkiye de 'Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu Statüsü'nü kabul etmiştir (RG. 29 Eylül 1990).

yazılı olan veya olmayan temel normlar, **hukuk ilkeleri** bulunduğu ve yasaların ve devlet yönetiminin bu ilkelere uygun olarak hareket etmeleri gerektiği belirtilmiştir. Adalet, eşitlik, insan haysiyeti, insan hakları, hakkaniyet, iyiniyetin korunması, dürüstlük kuralları, iradenin özerkliği... bu temel kurallar arasında yer alır. Hukuk ilkeleri için kesin bir sayısal sınır (numerus clausus) söz konusu değildir. Bu ilkeler toplumun karşılaştığı problemlere ve toplumun kültür ve hukuk düzeyine göre değişebilmektedir. Jüri ile muhakeme edilmek İngiliz-Amerikan hukuk çevresinde temel vazgeçilmez hukuk ilkesi olduğu halde Kıta Avrupa hukuk çevresi için temel norm sayılmaz.

Devletin, siyasî iktidarın hukuk ilkelerinden ayrılamayacağı, Devlet gücünün hukuk ilkeleri ile sınırlı olduğu görüşünü ifade etmek üzere İngiliz-Amerikan hukuk çevresinde "rule of law" terimi yerleşmiştir.

9- "Rule of law": Devletin, ilâhî veya beşerî hukuk ilkelerine bağlı olması gerektiği esasına dayanan, toplum içinde 'hukuk ilkelerinin hâkim olması' gerektiğini ifade eden bu kavram İngiltere'de Ortaçağda ortaya atılmış, tahtın siyasî gücünü sınırlamak amacıyla XIII. asırda **Henri de Bracton** (? - 1268) "rule of law - supremacy of law" görüşünü ortaya atmıştır. Aynı fikrin karşılığı olarak kullanılan "rule of law" (hukukun hâkimiyeti) ve "supremacy of law" (hukukun üstünlüğü) deyimlerinden 'rule of law' terimi bu hukuk çerçevesinde daha çok tercih edilmiş ve yerleşmiştir.

"Rule of law" teriminin kapsamı yedi asır içinde değişmiş, gelişmiş, devlet hayatında 'hukuk ilkelerine bağlılık' ifade eden bir sembol deyim halini almıştır. Ancak bu kavramın ne kadar farklı olarak kullanıldığını bilmek açısından XVII. asırda hukukun üstünlüğü deymi ile Parlamentonun üstünlüğünün, parlamentonun hukukun üstünde olduğu görüşünün ileri sürüldüğü unutulmamalıdır,

İngiliz-Amerikan hukuk dilinde 'hukuk devleti' (state of law) terimi yoktur; "rule of law" terimi ile 'hukukun hâkim olduğu, kendisini hukuk ilkeleri ile bağlı sayan devlet' (State bound by law) kavramı da ifade edilir.⁸

10. Fransız hukuk dilinde durum : Fransız hukuk dilinde de hukuk devleti (Etat de droit) terimi mevcut değildir. İngiliz hukuk dilindeki 'rule of law' teriminin milletlerarası metinlerde nasıl ifade edileceği konusu ortaya çıkınca 1949 tarihli Avrupa

⁸ Britannica, 1969, C.I, s. 153 vd. (rule of law); C. II, s. 828-829 (human rights) C. 16, s. 104-105, 116-117 (natural law) [New Enc. Brit. (15. baskı, 1986) da "rule of law" maddesi yoktur!]; Lexikon des Rechts, C. 4, XI, s. 212-217. Pound, Prof. Roscoe: Rule of law, Enc. Social Sciences, C. 13, s. 462-466; C. 2, s. 671 (Bracton). Cushman, R. : Due process of law, Enc. Social Sciences, C. 5, s. 264-68; Brokelmann, Prof. Paul : The principles of the rule of law. Law and State, C. IV, 1971, s. 97-105. Leibholz, Prof. Dr. Gerhard : Der Rechtsstaat und die Freiheit des Individuums, Meyers Enz. Lexikon, 1977, s. 677-680. Stein, P.-Shand, J. : Legal values in Western Society, Edinburg, 1974, 280 s. ; von Münch, Ingo: Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1 Präambel bis Art. 20, 3. Aufl., 1985 s. 813-837. Herzog in Maunz-Düring, Komm. z. GG., 1980, II, s. 257-293. Messner, J. : Das Naturrecht, 8. baskı, Berlin 1984, Handbuch der Gesellschaftsethik, Staatsethik und Wirtschaftsethik, s. 851-857.

Konseyi Statüsünün 3. maddesinde "rule of law" yerine "prééminence du droit" terimi kullanıldı.⁹

Fakat bu yeni terim tutunmadı ve onun yerine aynı anlama gelen "primauté du droit" terimi tercih edildi. Milletlerarası Hukukçular Komisyonu "Gelişmenin itici gücü" olarak tanımladığı bu kavramı Fransızca yayınında "primauté du droit" olarak¹⁰, İngilizce yayınında¹¹ ise 'rule of law' olarak ifade etmiştir.

1990 tarihli Yeni Bir Avrupa İçin Paris Şartında ise İngilizce 'Rule of law' yerine Fransızca metinde Fransız hukuk dili için yeni bir terim olan "Etat de droit -Hukuk devleti" terimi kullanılmıştır. Ancak Paris Şartının (Anlaşması'nın) Türkçe çevrisinde ise bu metinde Fransızların dahi kullandığı 'hukuk devleti' terimi değil, 'hukukun üstünlüğü' deyimini yer almıştır.

11- Alman hukuk dilinde durum : 'Rechtsaat-Hukuk devleti' teriminin 19. asırda geliştirilmiş tipik bir Alman hukuku terimi olduğu belirtilmiştir. [Kant, 1784, 1797) Placidus (1975), Welcher (1813)]¹².

1949 yılında imzalanan Avrupa Konseyi Statüsünde 'rule of law' terimi karşılığında "Rechtstaat" terimi değil 'Vorherrschaft des Rechts' (hukukun üstünlüğü) kelimeleri kullanılmıştır. Bunun sebebi o tarihte 'Hukuk devleti' teriminin kullanılmasının 'pek erken' sayılmasıdır; kapsamına ait farklı görüş ve değerlendirmelere rağmen bu iki terim aynı kavramı ifade eder¹³.

12- 'Hukukun üstünlüğü' kavramını somutlaştırma ve yaygınlaştırma çalışmaları : İkinci Dünya Harbi sonunda yenik Almanya ve müttefiklerinin temsil ettiği totaliter dünya görüşü itibarını kaybetmiş; ideolojik yarışma SSCB'nin temsil ettiği sosyalist/komünist dünya görüşü ile ABD-İngiltere ve müttefiklerinin temsil ettiği demokratik-liberal dünya görüşü arasında ön plana çıkmıştı.

Demokratik-liberal dünya görüşünün hukuk alanında sembolü -SSCB. nin savunduğu 'sosyalist kanunilik 'görüşüne karşı ileri sürülen- "Hukuk devleti, Hukukun üstünlüğü" görüşü olmuştur.

Devletin (siyasi iktidarın) özellikle insan haklarına ve hürriyetlerine dayanan temel hukuk ilkelerinden ayrılamıyacağı; temel hukuk ilkelerine bağlı kalacağı bir toplum idealini ifade eden 'Hukuk devleti- Hukukun üstünlüğü' kavramlarının somutlaştırılması, Batılı ülkelerin benimsediği bu devlet görüşünün diğer ülkelerde de benimsenmesi

⁹İngilizce metin: A.H. Robertson: European Institutions, 2. ed. London 1966, s. 273; Fransızca metin: Reuter-Gros: Traités et documents diplomatiques, Paris, 1960, s. 176.

¹⁰La primauté du droit, idée-force du progrès, Rapport, Bangkok, Thaïlande, 15-19 février 1965, Genève, 214 s.

¹¹The rule of law in a free society. A report on the International Congress of Jurists, New Delhi, India, 1959, Geneva, 340 s.

¹²Herzog in Maunz-Dürig, Komm. z. GG., Art. 20, 1980, s. 2-57.

¹³Bak. W. Hallstein: Die Europäische Gemeinschaft, Düsseldorf-Wien, 1973, s. 43, 312, 343.

amacıyla Avrupa ve Amerika'da milletlerarası düzeyde resmî olmayan kuruluşlar ortaya çıkmıştır.

Ülkemizi bu bakımdan etkileyen Milletlerarası Hukukçular Komisyonu'nun çalışmalarıdır.

1952 yılında Batı Berlinde yapılan bir milletlerarası hukuk kongresinde Doğu Almanya'da ve diğer Doğu Avrupa ülkelerinde adalet hayatıyla ilgili problemleri incelemek üzere kurulan ve altı üyeden oluşan sürekli komite, problemin yalnız Doğu Almanya ve Doğu Avrupa ülkeleri ile ilgili olmadığı, insan hakları ihlallerinin, hukuk devleti problemlerinin bütün hukukçulara hitap edecek bağımsız bir organizasyon oluşturulmasını gerektirdiği sonucuna varmıştır.

1952 yılında önce La Haye'de sürekli bir sekretarya kurulmuş, 1955 yılında Milletlerarası Hukukçular Komisyonu Hollanda yasalarına göre ticarî ve siyasi amacı olmayan bir tüzel kişi olarak çalışmalarını sürdürmüş, 1959 yılında Sekretarya Cenevre'ye nakledilmiştir.

25 üyeden oluşan Milletlerarası Hukukçular Komisyonu beş üyeden oluşan Yürütme Komitesi'ni seçer. Yürütme Komitesi ve onun seçtiği Genel Sekreterin sorumluluğunda Milletlerarası Hukukçular Komisyonu milli seksiyonlar kurarak, inceleme ve araştırmalar yaparak ve/veya teşvik ederek, milletlerarası konferanslar toplayarak amacını gerçekleştirmeye çalışır. Komisyon 1950'de Atina'da, 1957'de La Haye'de ve Viyana'da, 1959'da Delhi'de, 1962'de Rio'da, 1965'de Bangkok'da, 1966'da Colombo'da... genel veya bölgesel milletlerarası konferanslar düzenlemiş ve hukuk devleti / hukukun üstünlüğü konularına açıklık getirmeye çalışmış, uygulamaya dönük önerileri karar, bildiri olarak yayınlamıştır.

Milletlerarası Hukukçular Komisyonu'nun 'hukukun üstünlüğü / Hukuk devleti' konusundaki çalışmaları ve bu kavramla ilgili tanımlar Prof.Dr. Bülent Nuri Esen'in 1970 yılında yayınlanan "Anayasa Hukuku - Genel esaslar" adlı kitabında yer almıştır¹⁴. Bu Komisyonun 1959'da Yeni Delhi Konferansında Hukuk üstünlüğü "dünyanın... çeşitli devletlerinde yaşayan hukukçuların gelenek ve tecrübelerine göre ferdi, keyfi hükümete karşı korumak ve insanlık haysiyetinden faydalanmasını sağlamak için gerekli oldukları tartışılmayan prensipler, müesseseler ve usuller" olarak tanımlanmıştır.

Bu alanda ileri sürülen görüşlerin çok büyük bir kısmı Batılı devletlerin anayasalarında yer almış ve Anayasamızda da benimsenmiştir. Farklar, ilkelerden ziyade uygulama ve ayrıntılarla ilgilidir ve "Hukuk devleti-Hukukun üstünlüğü" alanındaki tartışmalar, farklı düzenlemeler, ilgilerin benimsedikleri, gerçekleşmesini istedikleri ideal anayasa / hukuk ile anayasa (pozitif anayasa / Hukuk) arasındaki farkdan ileri gelmektedir. Bu farkın tüm olarak ortadan kaldırılması - toplumların veya kişilerin değişik gelişme ve kültür düzeyinde bulunmaları dolayısıyla - belki mümkün olmayacaktır.

¹⁴Hallstein, age,s. 305-316, 58. vd.

'Rule of law - Primauté du droit-Rechtstaat' terimleri altında kastedilen anlamın aynı olduğunu (s. 305) T.C. Anayasasında 'Hukuk Devleti' ile anlatılmak istenen şeyin "hukuk üstünlüğü devleti" olduğunu Prof. Esen açıkça belirtmiştir (s. 314).

Milletlerarası Hukukçular Komisyonunun Fransız dilinde yapılan yayınlarında kullanılan 'primauté du droit' -Hukukun üstünlüğü ilkesini Prof. Dr. Faruk Erem'in başkanlığı döneminde Türkiye Barolar Birliği benimsemiş ve Hukukun üstünlüğü kavramı Türk hukukuna Türkiye Barolar Birliği'nin çabaları ile girmiştir. Ancak bu kavramın kapsamı konusundaki görüşler çok değişmektedir.¹⁵

Nitekim Prof. Dr. Faruk Erem'in Barolar Birliği Başkanı olarak Danıştay gününde 10 Mayıs 1976'da yaptığı konuşmada "... Mülk-Devletten Polis-Devlete, bundan sonra da 'Hukuk Devleti'ne geçildi. Fakat gelişim duraklamadı. Çağımızda Devlet 'Hukukun Üstünlüğüne inanan Devlet' kavramına ulaştı" görüşü ile "Hukukun üstünlüğü" ile 'Hukuk Devleti' kavramları arasında fark olduğunu ileri sürdü¹⁶. Eğer 'Hukukun Üstünlüğü' "daha iyi bir düzen için özlem" anlamında kullanılıyorsa¹⁷ bu özlem yeni olmayıp mevcut hukuk düzenini şu veya bu sebeple yetersiz bulan devlet adamları ve hukukçular tarafından asırlardanberi ifade edilmektedir.

Tabii hukuk, ideal hukuk, ideal toplum düzeni, pozitif hukuk ile ideal hukuk arasındaki fark konularında ileri sürülen görüşler hep "daha iyi bir düzen için özlem" duyan hukukçulara ve diğer düşünürlere aittir.

Milletlerarası Hukukçular Komisyonu'nun 1965 yılında Bangog'da yapılan toplantısı ile ilgili raporda "Hukukun üstünlüğü'nün "pozitif hukuk kuralları karşısı olarak en geniş adalet kavramlarını" kapsadığı açıkça belirtilmiştir.¹⁸

"Hukuk devleti" - "hukukun üstünlüğü" kavramları "Anayasa'nın üstünlüğü" kavramında olduğu gibi teknik anlamda yani Anayasa hükümlerinin yasalara üstünlüğü anlamında değil - Devletin, bütün organları ile, hukukun ortak ve genel ilkelerine saygı göstermesi anlamında kullanılan ideali, hedefi gösterir.

'Hukuk' devletin 'kanun' devleti olmadığı sık sık tekrarlanan bir görüştür. Eğer bu görüşle otoriter bir devlette keyif ve zulüm esasına dayanan kanunların hâkim olduğu devlete 'hukuk' devleti denemeyeceği fikri ifade edilmek isteniyorsa bu görüş şüphe yok isabetlidir. Fakat siyasi iktidarın kanunlarla sınırlandırıldığı, yasalara uygunluk denetiminin bağımsız yargı ile gerçekleştirildiği bir ülke hukuk devleti alanında birinci dönemi % 30-40 oranında gerçekleştirmiştir. Bu anlamda kanun devleti, hukuk devletinin ilk kademesini oluşturur. Siyasi iktidarın anayasalarla sınırlandırıldığı ve anayasaya uygunluk

¹⁵Prof. Dr. Faruk Erem: Hukukun üstünlüğü, Bursa Barosu Dergisi, sa. 41, Aralık 1991, s. 10; Türkiye Barolar Birliği V. Genel Kurul tutanağı, 7-8 Ocak 1972, Bursa(teksir) s. 44 vd., 69, 158-159

¹⁶Barolar Birliği Başkanı Prof. Dr. Faruk Erem'in 1976 "Danıştay Günü"nde yaptığı konuşma. Danıştay Dergisi, 1976 sa. 20-2, s. 21.

¹⁷Erem, Hukukun üstünlüğü, agm., s. 10, Türkiye Barolar Birliği'nin raporu, 1976, (s.1) (yayınlanmamıştır).

¹⁸La primauté du droit, idée-force du progrès, Genève, s. 15; TBB. V. Genel Kurul tutanağı, age, s. 91-92, 158-159'a bak.

denetiminin bağımsız bir yargı tarafından yapıldığı bir ülkede Hukuk devletinin ikinci kademesi % 80-90 veya daha fazla oranda gerçekleşmiş olabilir. Amaç, ideal hukuk devleti ile ikinci dönemde bulunan Anayasa devleti arasındaki açığı -Anayasaları ıslah etmek, yorum ve uygulama yolu ile- sıfıra indirmektir.

IV. TÜRK HUKUKUNDA PROBLEMLER

13. Genel olarak durum : Hukuk devleti veya hukukun üstünlüğü ilkesinin kişi açısından temel konusu, insan hakları ve temel hürriyetler, devlet açısından ise kuvvetler ayrılığı ilkesidir. İnsan hakları ve temel hürriyetler ancak kuvvetler ayrılığını kabul eden bir devlette korunabileceği için bu incelemede kuvvetler ayrılığı ile ilgili bazı problemleri belirtmek istiyorum.

Siyasî iktidarın sınırlanması konusu kuvvetler ayrılığı esasını benimseyen ülkelerde yasama, yürütme ve yargı organları arasında karşılıklı **denetleme ve denge** (checks and balances) sorununa, bu organlar arasındaki sınırların belirlenmesi ve korunması sorununa dönüşmüştür.

Cumhuriyetin temel organları yasama, yürütme ve yargı organlarıdır (1982 An. m. 75 vd. - Üçüncü kısım). "Kuvvetler ayrımının Devlet organları arasında **üstünlük** sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medenî bir işbirliği ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasalarda ve kanunlarda bulunduğu" 1982 Anayasasının başlangıç kısmında özenle belirtilmiştir.

Ancak başka ülkelerde olduğu gibi ülkemizde de, uygulamada yasama, yürütme ve yargı organları arasında yetkiler, yetkilerin sınırları, sınırları aşma konularında ciddi problemler ortaya çıkmaktadır.

Bu incelemede idarî yargı ile yürütme gücü, Anayasa yargısı ile yasama gücü arasında çıkan bazı problemleri -konulara dışardan bakan ve yaklaşan bir hukukçu olarak - özetlemek istiyorum¹⁹. Aslında bu problemlerin bu alanların uzmanları tarafından ayrıntılı bir inceleme, tahlil ve değerlendirme konusu yapılması gerektiği açıktır.

14. Hukuk kuralları hiyerarşisi ve yasal düzenleme bakımından durum : Hukuk kuralları koyma yetkisi, yasama organına, TBMM.' ne aittir. Yasal düzenlemenin var olması halinde bu hükümlerin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesi ile iptal edilmesini Anayasa'da belirtilen yasama ve yürütme organlarına mensup bazı kişi veya kişiler (An. m. 150) Anayasa Mahkemesinden talep edebilirler.

İdare makamlarının ve genel olarak vatandaşların Anayasa Mahkesinde iptal davası açmak hak ve yetkisi yoktur. Bunlar ancak taraf oldukları bir davada yasaların Anayasa'ya

¹⁹Yürütme organları arasında sınır problemleri yarı başkanlık sisteminde, özellikle Fransa'da Cumhurbaşkanı ile Başbakan (Hükümet) arasında ortaya çıkmıştır. 1982 Anayasasında sonra, başka sebeplerle Ülkemizde de Cumhurbaşkanı ile Başbakan (Hükümet) arasında ciddi sınır problemleri ve tartışmaları ortaya çıkmış bulunmaktadır. Konunun radikal çözümü, Anayasa'da yapılacak değişikliklerle, Hükümetin önerisi üzerine TBMM nin yeni genel seçim kararı verebilmesine, yeni oluşacak yasama organına Cumhurbaşkanı'yı yeniden seçme hakkının tanınmasına bağlıdır.

aykırı olduğunu ileri sürebilirler ve ancak bu iddianın ilgili mahkemece ciddi sayılması halinde veya resen, bu konu o mahkeme tarafından Anayasa Mahkemesine intikal ettirilebilir (An. m. 152). Bu bakımdan 1982 Anayasasının m.11 f1 (1961 An.m. 8 f2) hükmü (yani "Anayasa hükümleri yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallardır" hükmü) idare makamları ve kişiler açısından bir temenni hükmü olarak tanımlanabilir.

TBMM. yasal düzenleme yetkisini kullanmamış ise yani bir düzenleme boşluğu var ise Medeni Kanunun 1. nci maddesinde yer alan genel hukuk kaidesi gereğince adli ve kanaatimca idarî yargı organları bu boşluğu, bazı sınırlar içinde²⁰, kendisi yasa koyucusu imiş gibi doldurabilirler.

Anayasa Mahkemesinin ise yasal düzenleme boşluğunun giderme yetkisi yoktur (1982 An. m. 153 f2).

"Hakimler... Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak.. hüküm verirler" hükmü (1982 An. m. 138 f 1, 1961 An. m. 132 f 1), hukuk kuralları hiyerarşisi ve hukuk devleti ilkesi bakımından nasıl yorumlanmalıdır? Adli ve idarî yargı organları kanun hükmü bulunan yani yasal düzenlemenin mevcut olduğu hallerde o kanun hükümlerini uygulalar, bu hükümleri bir davada uygulamak söz konusu olan hallerde- Anayasa hükümlerine aykırı bulurlarsa-konuyu, yukarıda belirttiğim gibi, itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesine intikal ettirebilirler, yoksa o hükümlerin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesi ile doğrudan doğruya Anayasa hükümlerine dayanarak karar veremezler. Aksi halde An. m. 150'de yer alan hüküm eksik, m. 152'de yer alan hüküm ise gereksiz kalır. Hâkimlerin 'hukuk'a uygun olarak hüküm vermeleri belki ancak Medeni Kanunun 1 nci maddesindeki genel kuralın uygulanabileceği yani yasal düzenleme boşluğunun mahkemeler tarafından doldurulabileceği hallerde söz konusu olabilir.

Yasal düzenlemenin var olduğu hallerde Anayasa kurallarını doğrudan doğruya uygulama yetkisi olmayan hâkimin kendi anlayışına göre 'hukuk'a uygun sayacağı bir çözüme dayanarak, evleiyetle karar vermemesi gerekir. "Hukuk devleti" ilkesinin Anayasa'da benimsenmiş olması hukuk kuralları hiyerarşisinde adli ve idarî yargı organlarına kendi 'Hukuk', "Hukuk devleti" anlayışına göre karar verme yetkisini vermez. Yazılı olmayan hukuk ilkeleri hâkim tarafından ancak yasaların yorum ve uygulanmasında gözönüne alınabilir.

Anayasa yargısında da durumun farklı olmadığı kanaatindeyim. Anayasa Mahkemesinin görevi ve yetkisi yasal düzenlemenin şekil ve esas bakımından, Anayasa değişikliklerinin ise sadece şekil bakımından Anayasa'ya uygunluğunu denetlemekle sınırlandırılmıştır (An. m. 148). Esas bakımından Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılabileceği hallerde Anayasa'da yer almış hükümleri yorumlarken 'Hukuk Devleti' ilkelerini de gözönüne alarak bir değerlendirme yapılabilir. Ancak bu durumda Siyaset ile Hukuk'un kesiştiği hassas bir konu hakkında karar verileceğinin bilinci ve sorumluluğu hâkim olmalıdır.

Hukuk devleti veya hukukun üstünlüğü terimi, Anayasa'da benimsenen insan hakları ve temel hürriyetler, kuvvetler ayrılığı, Idarenin yasalara, kanunların Anayasa'ya

²⁰Karayağcın: Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod-Problem çözme, 3. bası, 1986, s. 95-96.

uygunluğunu denetleme esaslarına dayanan bir sistemi ifade eder. Bu terimler Anayasa'da kullanılmamış olsa idi sistem yine var olurdu. Devletin "Hukuk Devleti" niteliğinin Anayasa'da 'değiştirilemez', 'değiştirilmesi dahi teklif edilemez' (m. 4) olduğunun belirtilmesi ile Anayasa'da dahi bu alanda yer alan hükümlerin toplumun ideal hukuk düzeni arayışları ve hukuk ilkeleri açısından değerlendirileceğini ve gereken değişikliklerin yapılacağını gösteren, devlet ve hukuk siyaseti açısından bir hedef ilkedir, Milletlerarası Hukukçular Komisyonunun benimsediği ve yaymaya çalıştığı **hukuk alanında "gelişmenin itici gücüdür"** (idée-force du progrès).

Anayasa'mızın konumuzla ilgili önemli hükümlerinin teorik / sistematik tahlilinden sonra ülkemizde idarî yargıda ve Anayasa yargısında ortaya çıkan bazı problemleri de belirtmek istiyorum.

15. İdarî yargı alanında bazı problemler : Yürütme gücü ile idare arasındaki temel problem idarî yargı alanının sınırları problemidir. Kamu hizmetlerinin mahiyeti dolayısıyla aktif olmak mecburiyetinde olan İdarenin işlemlerini idarî yargı organının iptal etmesi yürütme gücü tarafından hoş karşılanmaz. Bu, konunun psikolojik yönüdür ve belki bu görüşler çok defa hissidir. Ancak bu hissi unsurlar dışında her iki güç arasında hukukî açıdan ciddi bir sınır problemi de mevcuttur.

"İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır". 1961 ve 1982 Anayasasında yer alan bu temel hükümden (m. 114 f 1, 152 f 2) idarî yargıya sınırsız bir denetim hak ve yetkisi tanınmıştır. Sonucuna varılırsa yürütme ile idarî yargı arasında sürtüşmeler kaçınılmaz bir mahiyet alır.

İdarî yargı ile, yürütmenin keyfi kararları, yasalara aykırı işlem ve eylemleri denetlenir. Ancak yürütmenin takdir hakkı ve serbestçe karar verebileceği iki alanı olduğu idarî yargı tarafından da kabul edilmeli ve bu alanların sınırları içinde kalan işlemlerle ilgili davalar idarî yargı yerlerinde açılabilse dahi idarî yargı alanları kendi içühatları ile kendi yetkilerini sınırlamalıdır (self-restraint, auto-limitation).

Kanaatimce bu çözüm açıkça benimsendiği için idarî yargının sınırlarını Anayasa'da belirtmek özellikle gerekmiştir.

- Yargı yetkisi idarî eylem ve işlemlerin 'hukuk'a uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır (1982 An. m. 125 f 5).

- İdarî işlem ve eylem niteliğindeki yargı kararı verilemez (1982 An. m. 125 f 3, 1961 An. m. 114 f 2).

- İdarenin takdir yetkisini kaldırarak şekilde yargı kararı verilemez (1982 An. m. 125 f 3).

- Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askerî Şuranın kararları yargı denetimi dışındadır (1982 An. m. 125 f 2).

Yüksek memurların statüsü ile yürütmeyi durdurma kararları konusu ülkemizde idarî yargı ile yürütme organları arasında sürtüşmelere sebep olmuş ve bu konularda 1966 yılında ciddi tartışmalar yapılmıştır²¹.

Yüksek memurlar konusunda yürütmenin bir serbest alanı olması gerektiği, bu alanın sınırlarının -Fransa'da 1959, Almanya'da 1961 tarihinde yapıldığı gibi- yasa ile tesbit edilmesi gerektiği, böyle bir yasal düzenleme yapılmadığı sürece bu sınırlamayı idarî yargının kendi içtihatları ile gerçekleştirmesi gerektiği görüşü Türkiye'de tarafımdan ortaya atılmış ve savunulmuştur.²²

O tarihten bugüne kadar geçen 26 yıl içinde her siyasî iktidar değişiminde yüksek memurlar problemi ortaya çıkmış, yasal düzenleme veya yargısal sınırlama gerçekleştirmediği için bu konu idarî yargı ile yürütme gücü arasında bir sürtüşme konusu olmaktan çıkmamıştır.

Yürütmeyi durdurma kararları da yürütme ile idarî yargı arasında ciddi sürtüşme konusu olmuştur. Bu sürtüşmenin sebebinin yürütmeyi durdurma kararlarıyla ilgili düzenleme yetersizliği ve boşluğu olduğu, beş noktada açıklık ve kesinliğe ihtiyaç bulunduğu, içtihat yolu ile bu konularda açıklık ve kesinlik sağlanamadığı takdirde kanunî müdahalenin er-geç bir zaruret olacağı görüşü aynı toplantıda tarafımdan belirtilmiştir²³ (Yürütmeyi durdurma kararları verilemeyecek / verilebilecek haller-şartları-gerekçe zorunluğu-ivedilik).

Bugün hâlâ 26 yıl önce önerdiğim 'yürütmeyi durdurma kararlarının nasıl yerine getirileceği, etkisinin ne olacağı' konularında bir düzenleme boşluğu mevcut bulunmaktadır. Yürütmeyi durdurma kararlarının ve gerekçelerinin yayınlanmaması bu konunun üzerinde durulması gereken başka yönüdür.

İptal davası açma hakkı-hukukî menfaat ölçüsü : Bir kişinin idarî işlem dolayısıyla hukukî menfaatinin ihlâl edilmiş olması gerekir [Idarî Yargılama Usulü Kanunu m. 2(1 a)]. Toplumun genel menfaati adına iptal davası açılamaz. İlerdeki ihtimallere ve varsayımlara göre davacının hukukî menfaatinin ihlâl edildiğinin kabul edilmesi, kanaatimce, görev sınırın aşan, usul hukuku açısından da destek göremeyecek bir uygulamadır²⁴.

²¹ Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması, Türk Hukuk Kurumu yay. Ankara 1966, 168 s. Türk Hukuk Kurumu'nun düzenlediği bu toplantıda tebliğlerden sonra, bugün dahi ilgi ile okunacak çok enterasan tartışmalar cereyan etmiştir (Kenan Aral, Sait Köksal, Turan Güneş, Ragıp Sarıca'nın soruları, tenkitleri ve bunlara verdiğim cevaplar için s. 76-92'ye bakınız). Türk Hukuk Kurumu, bu kitabı, tebliğ ve tartışmaları bamlardan alarak olduğu gibi bastırılmış olduğundan tebliğ ve tartışmalarda bazı ifade ve baskı hataları bulunmaktadır. Ancak bu durum tartışılan konuların, sorular ve cevapların önemini ve değerini etkilememiştir.

²² Karayalçın, Yüksek Memurlar Meselesi ve Yürütmeyi Durdurma Kararları, Ankara, 1966-V, s. 48-50.

²³ Aynı kitap s. 17.

²⁴ Bak. Karayalçın: Özel Hukukda Meseleler ve Görüşler "Hukukî Mütalâalar" 1988-1991, IV, Ankara 1992, "Pay senetlerinin satışı- idarî dava" (s.146-150); "Ticarî sözleşmeler ve yürütmeyi durdurma kararları" (s.141-145).

Şekle aykırılık ve iptal davası : Bazı işlemlerde şekil şartı İdarenin veya kişinin hukukî menfaatinin korumak için konulur. Şekle veya daha önce alınmış bir karara aykırı idarî işlem ile bir hak ihlâl edilmemiş veya bu yüzden idarî bir şakınca, zarar ortaya çıkmamış ise bu durumda iptal kararı verilmesi kanaatimce idarî yargı için bir zaaf işareti, yürütme için ise hizmetlerin kösteklenmesi sayılmalıdır. Her yargı organı, vereceği kararın uygulanma gücü olup olmadığını, uygulanması halinde hukukî menfaatin korunması sonucunun değil, aksine ciddi zararların ortaya çıkıp çıkmayacağını gözönüne almalıdır. İdare, yasal yetki sınırları içinde kaldığı takdirde, daha evvel alınmış genel bir ilke kararına rağmen, takdir yetkisini kullanarak ona aykırı bir idarî karar verebilmelidir.

Yukarda belirttiğim son iki problem çimento şirketlerinde Devlete ait pay senetlerinin satışı ile ilgili olarak açılan iptal davasında verilen kararlar dolayısıyla önemli güncel sorunlar arasında yer almış bulunmaktadır. Her kademedeki ve alandaki yargı organları, kanaatimce, siyasi mücadele tuzağına düşme tehlikesine karşı hassas olmalıdır.

Bir süre önce gazetelerde yer alan şu haberde idarî yargı açısından üzerinde durulması gereken bir problem de vardır: uyuşturuculukla ilgisi dolayısıyla işten çıkartılan ve iptal kararı dolayısıyla göreve iade edilen bir polis şefi uyuşturucu satışı suçundan yakalanmıştır !

16. Anayasa yargısı alanında bazı problemler . a) Genel olarak: Anayasa mahkemelerinin diğer yargı organlarından farkı kanunların Anayasaya uygunluğunu denetlerken hukuk ve siyaset konularında toplum için hayati denebilecek kararlar vermek durumunda olmalarıdır. Çünkü bu alanda hukuk ile siyaset arasında kesin bir sınır çizmek çok defa mümkün olmamaktadır.

Bundan dolayı Anayasa Mahkemelerinin Anayasa'ya uygunluk denetimini yaparken yetkileri konusunda tercih edebilecekleri tutum, ülkenin toplum hayatını olumlu veya olumsuz yönde etkileyebilmektedir.

Birinci tutum yasal yetkilerin sınırlarını zorlayıp genişletmeye çalışmak şeklinde özetlenebilir. İkinci tutum Anayasa'ya uygunluk denetimi yaparken yasal yetkilerin sınırları içinde olan konularda dahi çok dikkatli davranmak ve kendi yetkilerini sınırlamak kanunların ilke olarak Anayasa'ya uygun olduğu karinesinden hareket etmek, Anayasa'ya aykırılığın ispat edildiği, açık olduğu hallerde iptal yoluna gitmektir (principle of judicial self-restraint, auto-limitation).

ABD. Yüksek Mahkemesi hem federe devlet, hem federal devlet mahkemeleri tarafından verilen kararları incelemeye yetkisine sahip bir nevi Yargıtay, hem de federe devlet ve federal devlet kanunlarının Anayasa'ya uygunluğunu denetleyen bir Anayasa Mahkemesidir. 1787 yılında kurulan ABD. Yüksek Mahkemesinin Anayasa'ya uygunluk denetimi yapma yetkisine sahip olduğu, Anayasa veya yasa hükümlerine değil, *Marbury/Madison* davasıyla 1803 yılında verdiği ünlü kararına dayanmaktadır. O dönemin baş hâkimi olan *Marshall*'ın Yüksek Mahkemece benimsenen görüşü bir hukuk mantığına dayanır. Anayasa ile yasalar arasında bir çatışma sonucuna varırsa Hukuka uygun olarak karar vermesi gereken Yüksek Mahkeme, üstün hukuk kuralı olan Anayasa hükümlerine göre karar vermelidir.

Anayasa'ya uygunluk denetimi yetkisini kendi kararına dayandıracak kadar güçlü olan Yüksek Mahkeme, bu yetkisini kullanırken çok dikkatli hareket etme, yetkilerini bizzat sınırlama ilkesini ve yukarıda belirttiğim Anayasa'ya uygunluk karinesi esasını kabul etmiştir. Ayrıca bir kanunun Anayasa'ya uygun makul bir yorumunun mümkün olduğu hallerde iptal kararını değil, Anayasa'ya uygun yorumu yapan bir karar vermeyi tercih etmiştir. Diğer bir sınırlama da dava ehliyeti ile ilgilidir. Herhangi bir vatandaş veya hukukçu Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunamaz; davacının, doğrudan doğruya ve önemli bir menfaatinin ihlâl edilmesi halinde Anayasa'ya aykırılık iddiası incelenebilir²⁵.

Anayasa'ya uygunluk denetimiyle ilgili problemleri incelerken şu noktayı da gözönüne almak gerekir. İnsan hakları ve temel hürriyetler konusunda kabul edilen hükümlerin uygulanması ve bugünkü düzeye gelmesi kolay olmamıştır. ABD'nde kölelik ve zenci/beyaz eşitliği konusundaki kararlarda Yüksek Mahkeme bir hayli zorlanmıştır. Resmî okullarda zenci çocukların eşit, fakat beyazlardan ayrı olarak eğitim hizmetlerinden yararlanmasını Yüksek Mahkeme ancak 1954'de eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur.

Gelişmenin değişik safhalarında bulunan veya farklı toplumsal yapıları olan ülkelerde genel olarak Anayasa'ya uygunluk denetiminde veya insan hakları, temel hürriyetler konusunda aynı düzeyde kararları ve uygulamayı beklemenin tarihi ve sosyal gerçeklere ne kadar uygun olacağı konusu üzerinde düşünmek gerekir.

Bu genel açıklama veya hatırlatmanın amacı Anayasa'ya uygunluk denetiminin ne kadar ciddi problemlerin kaynağı olduğunu belirtmektir.

Yasama ve yargı güçleri arasındaki sınır ihtilafları açısından Türk hukukundaki durumun ayrıntılı bir incelemesi yapılmalıdır. Bu alanda benim tesbit ettiğim ve bu incelemede açıklamakta yarar gördüğüm problemler şunlardır.

17. b) Başkanlık tezkeresi ile kanun iptal edilmesi uygulaması : Bu konu yasama ile yargı gücü arasında açık bir sınır ihtilâfına sebep olmamıştır. Fakat kanaatimce bunun sebebi, yasama organının olayın mahiyetini yeteri kadar değerlendirememesidir. 1961-1971 yıllarında Anayasa Mahkemesi Başkanı, iptal kararı imzalanıp Resmî Gazetede yayınlanmadan, kanunun iptal edildiğini TBMM. ne

²⁵Supreme Court of the United States, Brit., 1969,C.21, s.434-438; New Enc. Brit. 1986, C. 11, s. 404, C. 16, s. 735, C. 22 s. 934; Judicial review, Brit, 1969 ,C. 13, s. 121-123, C.6, s.401-403; New Enc. Brit, 1986 C. 6, s. 641; C. 16, s. 744; C. 22 s. 481; Enc. Social Sciences, C.8,s.457-463; Judicial process, Enc. Social Sciences, C. 8, s. 450-457. Grossman, Joel B. : The Supreme Court and social change. A preliminary inquiry. American Behavioral Scientist, V. 13,nr. 4, March/April 1970, s. 535-551; Antleu. C. James: Constitutional Construction, 1982, Oceana, 242 s., The Constitution of the USA. Analysis and Interpretation, Washington 1973 s. 677-680, Bogs, Dr. Harold. Die Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, Stuttgart 1966, 164 s., Zuck, Dr. Rüdiger. Political-Question-Doktrin, Judicial-self restraint und das Bundesverfassungsgericht, Juristenzeitung, 1974, sa. 11-12, s. 361-368.; Wolf, Dr. Ernst: Verfassungsgerichtsbarkeit und Verfassungstreue in den Vereinigten Staaten, Basel, 1961, s. 237.s.

bildirmiş, yasama organı da bu uygulamaya karşı çıkmamıştır.²⁶ Bu garip uygulama 1971 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile sona ermiştir : "Kararlar, gerekçesi yazılmadan açıklanamaz. İptal edilen hükümler, gerekçeli kararın Resmi Gazetede yayınlandığı tarihte yürürlükten kalkar" (m. 152 f 1,2). Bu hükümler aynen 1982 Anayasasında da yer almıştır (m. 153 f 1, 3).

18. c) "Kanun koyucu gibi hareketle yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesisi" edilememesi : Bu hükmün (m. 153 f 2) 1982 Anayasasına konulmasının sebebi Anayasa Mahkemesinin yasama organının yetki ve görev alanına girme tehlikesini, sınır aşımını önlemektir.

Problem 1982 yılından önce 15.5.1974 tarihli ve 1803 sayılı "Cumhuriyetin 50.nci yılı nedeniyle bazı suç ve cezaların affı hakkındaki kanunun bazı maddelerinin iptali" hakkındaki davada Anayasa Mahkemesinin 2.7.1974 tarihli kararı (RG. 12 Temmuz 1974) dolayısıyla ortaya çıkmış, 1982 Anayasasından sonra geçen yıl 12.4.1991 tarih ve 3713 sayılı "Terörle Mücadele Kanunun geçici 4. maddesinin iptali" davasında Anayasa Mahkemesinin 19.7.1991 tarihli kararı ile (RG. 31 Temmuz 1991) yeniden aktüel bir konu halini almıştır.

19. aa) Şekil bakımından iptal yolu ile af yetkisinin kullanılması : 2.7.1974 tarihli kararla ilgili dava a) 1803 sayılı kanunun yasama organlarında kabul edilmesi sırasında usul kurallarını uyulmadığı yani biçim yönünden aykırılık ve b) esas yönünden eşitlik ilkesine açıkça aykırılık bulunduğu sebepleri ile açılmış ve bazı suçları bu kanun dışında bırakan 5 A hükmünün iptali talep edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi bu davada esas yönünden, eşitlik ilkesi yönünden davayı incelememiş, kanunun 5 A maddesinde yer alan hükmün biçim yönünden Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna vararak iptaline ve iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi tesbit yetkisinin (m. 152 f 2) kullanılmasına yer olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin biçim bakımından vardığı sonuç karşısında yapacağı işlem, yasama organlarına biçim bakımından özürü olmayan bir karar vermesi imkânını sağlamak amacıyla, bu kararın yürürlüğe gireceği tarihi bir yılı aşmayacak şekilde tesbit etmektir.

Anayasa Mahkemesi yukarıda belirttiğim çözümü benimsediğinden yasama gücünün af yetkisini bizzat kullanmak suretiyle, kanaatimce, görev alanını aşmış, siyasi bir karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin bu kararının siyasi hayatımızdaki olumsuz etkileri, özellikle ülkemizdeki benzer suçların katlanarak artmasında bir rolü olup olmadığı, af edilenlerin aynı suçları işlemeye devam edip etmedikleri hakkında ciddi bir inceleme yapıldığı tesbit edilememiştir.

20. bb) Af konusu "infazda" eşitlik : Anayasa Mahkemesinin kararlarında kanun önünde eşitlik konusu çok başarılı bir şekilde işlenmiştir. 3670 sayılı kanunun ek

²⁶Karayalçin: Başkanın Tezkeresi ile kanunun iptal edilmesi, Meseleler ve Görüşler, C.II, 1972, s. 65-68; Gerekçesiz Kararların Hukukî Değeri (aynı kitap, s.53-60).

17 maddesi ile geçici 1. maddesinin (yani "...yüksek öğretim kurumlarında kılık ve kıyafet serbestir" "Yüksek öğretim kurumlarında kılık ve kıyafet ile ilgili olarak verilmiş her türlü disiplin cezaları bütün hüküm ve sonuçlarıyla birlikte ortadan kalkar" hükümlerinin) iptali ile ilgili davada affın bir atıf olduğu, affın gerekliliğinin takdirinin yasama organına ait olduğu, yasa önünde eşitlik ilkesi açısından ise önemli olanın özdeş durumda olanların yasalarca aynı işleme bağlı tutulması, başka deyişle eşitler arasında eşitsizlik yaratmamak olduğu Anayasa Mahkemesi tarafından 9.4.1991 tarihinde verilen bir kararda belirtilmiştir. Bu karar, garip bir tesadüf sonucu, Terörle Mücadele Kanunu ile ilgili 19.7.1991 tarihli kararla birlikte Resmî Gazetede aynı gün (31 Temmuz 1991) yayınlanmıştır. Önemli olan bu iki kararda afda eşitlik açısından aynı esasların uygulanmamış olmasıdır.

Terörle Mücadele Kanununda bazı suçlarla ilgili cezalarda 'şartla salıverilme' (meşruten tahliye) ile ilgili olarak Ceza Kanununun 16 ve 17 nci maddesinde, Cezaların İnfazı hakkındaki 667 sayılı kanunda (m. 19) yer alan esaslar, hükümlüler lehine değiştiriliyor; çekilmiş hükümlülük sürelerindeki oranlar genel olarak 1/3'e indiriliyor, iyi hal ile bu süreleri geçirme ve şahsî hakları tazmin şartları ise tamamen kaldırılıyordu.

Geçici m. 4 a ve b' de yazılı suçları işleyenlerin bu kanunla geçici m. 1'de özel olarak düzenlenen şartlı salıverilme hükümlerinden faydalanamayacakları belirtildikten sonra şartlı salıverilme şartları özellikle ceza çekme oranları biraz yükseltmek, iyi halli olup olmadıklarına bakılmaksızın ve talepleri olmaksızın şartlı salıverilecekleri kabul ediliyordu.

Bu hükümlerin Anayasanın 2 ve 10. maddelerinde tanımlanan 'Hukuk devleti' ve 'eşitlik' ilkeleri ile bağdaşmadığı yolundaki aykırılık iddiasını Sıkıyönetim 1. numaralı Askeri Mahkemesi ciddi olduğu kanısına vararak konunun Anayasa Mahkemesi'nce itiraz yolu ile incelenmesine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesinde bu dava dolayısıyla üç görüş ortaya çıkmıştır :

a) "Anayasa'nın öngördüğü eşitlik mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp haklı nedenlerin bulunması halinde farklı uygulamalara olanak veren bir ilkedir... "Aynı miktar cezayı alan iki hükümlüden birinin sırf suçunun türü nedeniyle daha uzun süre ceza çektiikten sonra şartla salıverilmesi bu iki hükümlü arasında eşitsizliğe neden olur" (Çoğunluğun görüşü- 6 üye)

b) "Şartlı salıvermenin suçun niteliğine göre farklı hesaplanması ve hangi suçların bu kapsama gireceği kanun koyucunun tercih ve takdirine kalmış bir konudur"... Anayasa Mahkemesi 19.7.1990 tarihli kararında da "durum ve konumlardaki farklılık hukukî statülerdeki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kurallar ve uygulamalar getirir" esasını benimsemiştir (Azınlık görüşü - 4 üye).

c) Azınlık görüşünü savunan bir üye (S. Tüzün) iptal kararı verilecek ise ayrıca süre verilmesini, aksi halde kanun koyucunun istemediği bir sonuç yaratacağı için Anayasa m. 153 f 2'ye aykırı olarak Anayasa Mahkemesinin 'kanun koyucu gibi hareketle yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde' hüküm tesis etmiş olacağını da belirtmiştir.

Şartlı salıverilme genel olarak hükümlünün infaz safhasında iyi halinin mevcut olması şartına bağlı, cezaları ferdileştiren çok insani bir müessesedir. İyi halli hükümlü olma şartının bulunmadığı, belli suçlardan hükümlü bütün yükümlülerin faydalanacağı şartlı salıverilme örtülü bir genel afdan başka bir şey değildir. Azınlıkta kalan dört üyenin karşıoy yazısında "Anayasanın 81 nci maddesinde TBMM.'nin 'Anayasanın 14 ncü maddesindeki fiillerden dolayı hüküm giyenler" hakkında TBMM'nin genel ve özel af ilânı yetkisi olmadığı ve TBMM'nin bu gibi suçlular hakkındaki af çıkarma yasağını aşabilmek için" 3713 sayılı kanunla şartlı tahliyelerini sağlamak istediği belirtilmiştir (s. 50-51). Azınlık karşıoyunda asıl hukukî problem tesbit edilmiş; fakat bu şartlı tahliyenin af niteliğini de taşımayan sui generis bir düzenleme olduğu belirtilmek suretiyle doğru teşhiden yanlış sonuca varılmıştır.

Anayasanın 87'nci maddesi bazı suçlardan dolayı suç ve cezaların af edilemeyeceğini belirttiği için, infazda eşitlik bu suç ve cezalarda evleviyetle söz konusu olamaz.

Geçici m. 4 a ve b'de yer alan suçlar için ağırlaştırılmış şartlı salıverme Anayasa'nın 87'nci maddesine aykırı bir yasal düzenlemedir. Bu hükümlerin iptalini itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesine intikal ettirilmesini öneren askerî mahkeme savcılığının, bu görüşü paylaşan askerî mahkemenin ve Anayasa Mahkemesindeki çoğunluğun açık olan bir 'Anayasa hükmüne hile'yi görmemeleri veya görmek istememeleri, üstelik Anayasa Mahkemesinin yasa önünde eşitlik konusunda daha evvel çeşitli kararlarında benimsediği ölçüleri bir tarafa bırakarak, af edilmesi Anayasa ile yasaklanmış hükümlüleri diğer hükümlülerin düzeyinde bu hükümden faydalanmalarını sağlaması açıkça Anayasa'ya aykırıdır. Başla deyimle yasama organı kendi yetkisini Anayasa'ya aykırı olarak aşmış, Anayasa Mahkemesi de bu iptal kararı ile bu yetki aşımında Anayasaya aykırılık ölçüsünü yasama organından daha çok aşmıştır. Bu olayda gerek TBMM., gerek Anayasa Mahkemesi ayrı ayrı kendi sınırlarını aşmış bulunmaktadır.

Kanaatımca Anayasa Mahkemesinin bu davada kılık-kıyafet konusunda verdiği 9.4.1991 tarihli kararda olduğu gibi Anayasa'ya uygun bir yorum yapması, af edilemeyecek hükümlüleri şartlı salıverilme yolu ile dolaylı olarak af etmenin Anayasa'nın 14 ve 87'nci maddelerine aykırı olduğu gerekçesi ile geçici m. 4'ü, Anayasanın 14 ncü maddesinde yazılı suçlar kapsamına girdiği haller açısından iptal etmesi gerekirdi.

İncelediğim bu karar Anayasaya uygunluk denetimi ve Hukuk devleti, hukukun üstünlüğü, Anayasaya uygunluk denetimi ile görevli olan Anayasa Mahkemesinin Anayasaya aykırı bir karar vermesi açısından üzerinde çok düşünülmesi ve tartışılması gereken bir karardır.

21. Sonuç : Hukuk devleti veya hukukun üstünlüğü Anayasanın üstünlüğü gibi bir pozitif hukuk kuralı değildir, toplum ve devlet hayatında hukuk ilkelerine bağlılığı, ideal hukuk ile pozitif hukuk arasındaki mesafeyi kapatma dileğini ve hedefini ifade eder.

Toplumun düzeyine ve yapısına göre hukuk ilkelerinin içeriği az veya çok farklılıklar gösterebilir. Demokratik-liberal dünya görüşünü benimsemiş ülkelerin anayasa ve kanunlarında hukuk ilkelerinin önemli bir kısmı yer almıştır. Yasalarda yer almamakla beraber tartışmasız hukuk ilkeleri mevcut olduğu gibi, farklı yapı ve

düzeylerdeki toplumlarda görüş birliği sağlanamamış ilkeler de vardır (Ölüm cezası yasağı, jüri ile muhakeme gibi).

Genel olarak hukuk alanında iki aşırı görüşün tuzağına düşmek tehlikesi vardır. **Kanunların mutlak üstünlüğü**-Gény'nin deyimi ile **kanun fetişizmi**- kanunlara tapma düzeyine varan hayranlık; pozitif hukuk (yasalar) varsa hukuk vardır 'görüşü, yasal düzenlemelerin her zaman doğru, isabetli, adaletli, uygun çözümleri içerdiği, ideal çözüm ile yasal çözüm arasında fark olmadığı faraziyesine dayanır. Tabii hukukçuların, çağımızda Hukuk devleti veya Hukukun Üstünlüğü ilkesini benimseyenlerin red ettikleri bu görüş toplumda kanunlar yolu ile yapılabilecek haksızlıklara sebep olur ve olmuştur.

Bu aşırı görüşün karşısında **Hukukun mutlak üstünlüğü**, kanaatimca, bir **hukuk fetişizmi** tehlikesi de ortaya çıkmış bulunmaktadır. Böyle bir görüş uygulamada toplumun çözülmesine, anarşiye sebep olabilir²⁷.

Hukuk fetişizmi'nde tehlike, kendi görüşüne, isteğine, tercihine aykırı her ilke veya kuralın "Hukuk'a aykırı" olduğunun ileri sürülmesi, bunlara uygun her kural ve çözümün de 'Hukuk Devleti', 'Hukukun Üstünlüğü' ilkesinin tartışılmaz sonucu olduğunun ileri sürülebilmesindedir.

Bir meslekdaşın yıllar önce ileri sürdüğü "**Kanunun metni, onu matbaada basacak mürettibi bağlar, hâkimi değil**" görüşü de²⁸ yargı gücünü yasama gücünün üstünde gören, denetleme ve dengeleme, güçler arasındaki fonksiyon ayrılığı ilkeleriyle bağdaşmayan, görev sınırını aşan abartılmış bir görüştür.

'Hukukun Üstünlüğü' ilkesinin siyasi sloganlarla sömürülmesi tehlikesine şu örneği verebilirim. Bir gündelik gazetede bir avukatın şu görüşü yayınlanmıştır: "**Kurulu düzeni koruyan mahkemeler hukukun üstünlüğüne aykırıdır**".

Diğer bir tehlike yargı organları içinde sorumluluk taşıyanların-siyasî mücadelede bir tarafın veya kendi siyasî tercihlerinin etkisi altında kalarak-siyaset tuzağına veya çengeline takılmaları ihtimalidir.

Yasama ve yürütme güçleri arasındaki problemlerin çok büyük bir kısmı seçim mekanizması yolu ile halledilebilir. Çoğunluğu kazanan siyasî parti veya partilerarası anlaşma ile oluşan siyasî iktidar yasama ve yürütme güçleri arasındaki problemlere bir çözüm getirebilir.

Genel seçimlerden etkilenmeyen,etkilenmemesi gereken ve "Türk milleti" adına karar veren yargı organlarının sorumluluğu Hukuk Devletinde yani hukukun üstünlüğü ilkesinin benimsendiği bir devlette çok daha ağırlaşmaktadır. Çünkü hukuk devleti kavramı bir fetişizm, yargı gücünün kayıtsız şartsız mutlak egemenliği şeklini alacak olursa toplum içinde yargı gücünün prestij kaybetmesi, değişen siyasî toplum içinde o topluma yabancı, kapalı bir sınıfın ortaya çıkması, kuvvetler arasındaki dengenin bir

²⁷Bak. A. Dufour: Droit naturel/Droit positif. Archives de Philosophie du Droit, C. 35, 1990 s.76-77.

²⁸Türkiye Barolar Birliği, V. Genel Kurul Tutanağı, 7-8 Ocak 1972 Bursa, Ankara, 1972, s. 138 (teksir).

kuvvet lehine bozulması tehlikesi, "hukuk" devletinin "yargıçlar" devletine dönüşmesi tehlikesi ortaya çıkar.²⁹

Bundan dolayı yargı gücünü temsil eden hâkimlerin sorumluluğu, hukuk devletinde, yasama ve yürütme gücünü temsil eden diğer görevlilerden çok daha ağırdır. Atatürk'ün "Mesuliyet korkusu herşeyden, ölümden de ağırdır" sözü hukuk devleti ilkesini benimseyen ülkelerde özellikle önem kazanmaktadır. Bu ülkelerde yargı gücünde sorumluluk taşıyanların bu yükün ağırlığını duyacak bir meslek ahlakına, bu yükün ağırlığını taşıyabilecek bir mesleki formasyona sahip olmaları gerekmektedir.

Yasama ve yürütme organları ile yargı organları arasında sınır ihtilâfları kuvvetler ayrımını kabul eden ülkelerin ortak problemidir, değişen bu sınır ihtilâflarının mahiyeti, ağırlık derecesi ve bunları önlemek veya çözmek için benimsenen esaslardır.

Ülkemizde de yargı gücü ile yasama ve yürütme güçleri arasında sınır ihtilâfları görülmektedir. Bu incelemede öncelikli gördüğüm sınır ihtilâflarını belirtmeye çalıştım. Bunları açıkça ortaya koyup tartışarak, önce sebeplerini incelemek, sonra bu problemler için çözüm aramak kuvvetler arasında denetleme ve dengeleme esasına dayanan bir toplumda, hele hukuk devleti ilkesini ve demokrasiyi benimsemiş bir devlette, hukukçu olan veya olmayan entellektüeller için bir görev olduğu kanaatindeyim.

Üstünlük kompleksi de, aşağılık kompleksi gibi sağlıksızlık belirtisidir.

Hukukda ifratın en büyük haksızlık olduğu görüşü asırlar önce ileri sürülmüştür (Summun Jus, Summa Injuria).

İster yargı, ister savunma, ister öğretim/araştırma alanında çalışsın her hukukçu, çok ağır olan sorumluluğunun bilinci içinde, aşağılık veya üstünlük kompleksine kapılmadan görevini yerine getirmelidir.

²⁹Bak. Karayalçin: Yüksek memurlar meselesi ve yürütmeyi durdurma kararları, age, s. 50-51; yürütmeyi durdurma-Devlet memurunun sorumluluğu - Hukuk devleti. Meseleler ve Görüşler, C.III, 1983, s. 149-157