

Hukuk Devleti Ve Hukuk Zihniyeti

Prof. Dr. Burhan Kuzu

I- İDARİ İŞLEMLERİN DENETİMİ VE HUKUK DEVLETİ

1) Genel Olarak

Bu hususta 1961 Anayasasının 114. maddesi karşılığı olarak 1982 Anayasasının 125. maddesi yer almaktadır. Bu hüküm doğrudan doğruya “hukuk devleti” kavramı ile ilgilidir. Nitekim bu maddenin gerekçesinde şöyle denilmektedir: “İdarenin denetim yolları arasında hukuka uygunluğu sağlamada en etkin olanı yargısal denetimdir. Dolayısıyla, idarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu ilkesi getirilmek suretiyle Hukuk Devleti anlayışının zorunlu unsuru vurgulanmaktadır.”¹ Keza, yasama ve yargının da hukuka bağlı olması Hukuk Devletinin gereğidir. Yasaların Anayasaya uygunluğu ve genel olması bu ilkenin kapsamındadır. Tabii ki, temel hakların güvenceye bağlanması da hukuk devletinde güvence altında bulunmalıdır.

Anayasanın 2. maddesinde “Cumhuriyetin nitelikleri” arasında sayılan hukuk devleti ilkesi, bütün uygar demokratik rejimlerin temel özelliklerinden biridir. Bu kavram en kısa tanımıyla, vatandaşların hukukî güvenlik içinde buldukları, Devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi anlatır. Anayasa Mahkemesi de hukuk devletini “İnsan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran, bunu devam ettirmekle kendisini yükümlü sayan, bütün davranışlarında hukuk kurallarına ve Anayasa’ya uygun, bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine bağlı olan devlet” şeklinde tanımlamıştır². Anayasa Mahkemesi daha sonraki bazı kararlarında da şu yaklaşımda bulunuyor: “Hukuk Devleti, her eylem ve işlemi hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendinî bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlettir”³. Bir başka kararında da “Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmadığı hukukun evrensel kurallarına saygı gösterilmediği ve adaletli bir düzenin gerçekleşmediği bir ortamda hukuk devletinden söz edilemez” sonucuna varmıştır⁴.

Hukuk dilinde “hukuk devleti” deyiimi, devletin hukuk kurallarıyla bağlı sayılmadığı “Polis Devleti” kavramının karşıtı olarak kullanılmaktadır. Hukuk Devletinin çağdaş demokratik uygarlığın en önemli aşamalarından biri olduğundan şüphe yoktur. Gerçekten, vatandaşların devlete karşı güven beslemeleri ve kendi kişiliklerini korkusuzca geliştirebilmeleri, ancak hukuk güvenliğinin sağlandığı bir hukuk devleti sistemi içinde mümkündür⁵.

“Hukuk devleti”, “polis devleti” deyiminin karşıtı anlamında kullanılmaktadır⁶. O nedenle burada kısaca polis devleti anlayışını görmek gerekir. “Polis devleti”, onyedinci ve onsekizinci yüzyıllarda Kara Avrupası ülkelerindeki mutlakiyetçi rejimleri açıklamak için kullanılan ve ilk kez Almanya’da ortaya çıkmış bir kavramdır. Polis devleti, “kamunun refahı ve selameti için, her türlü önlemi alabilen, bu amaçla kişilerin hak ve özgürlüklerine alabildiğine müdahale edebilen, onlara külfetler yükleyen ve fakat tüm bunları yaparken idaresi hukuka bağlı olmayan” devlet demektir. Polis devleti anlayışında devlet hukuka bağlı olmadığına göre, devletin eylem ve işlemlerinin yargı tarafından denetlenmesi de söz konusu değildi. “Polis devleti” ifadesindeki “polis” kelimesi sadece “kolluk” anlamında değil, daha geniş bir anlamda, kamunun refah ve selametini sağlamaya yönelik tüm devlet faaliyetleri anlamında kullanılıyordu. Devletin bu faaliyetleri yürütebilmek için sahip bulunduğu sınırsız ve denetimsiz güç ise “polis kudreti” olarak adlandırılıyordu. Kısaca “polis” deyiimi hiçbir sınır ve denetim tanımayan kamu kudreti anlamına geliyordu. Bugün de idaresi hukuka bağlı olmayan, vatandaşlarına hukukî güvenlik sağlamayan devlet tipi için “polis devleti” tabiri kullanılmaktadır⁷.

Yönetilenlere herhangi bir güvence tanımayan polis devleti anlayışından, zamanla, yönetilenlere bazı hukukî güvenceler sağlayan “hazine teorisi” anlayışına geçilmiştir. Gene Almanya’da ortaya çıkan ve geliştirilen “hazine teorisi” anlayışına göre, idarenin faaliyetleri dolayısıyla hakları ihlâl edilen kişilere yargısal yoldan malî karşılık elde etme imkânı tanımaktadır. Bu teoriye göre, devlet hazinesi hükümdarın dışında ve tamamen özel hukuka tâbi bir tüzel kişilik olarak tanınıyordu. Böylece, hukuk kurallarına bağlı olmayan ve yargı denetimine de tâbi bulunmayan devlet ile özel hukuk hükümlerine

tâbi olan ve aleyhinde dava açılabilen hazine birbirinden ayırt ediliyordu. Örneğin devlet özel bir kişiye ait olan bir taşınmaza el atabiliyor, onu işgal edebiliyor, kişiyi zorla çalıştırabiliyordu. Devletin bu tür eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına aykırılığını ileri sürmek mümkün değildi. Ancak devletin bu tür işlemleri ile hakları ihlâl edilenler, özel hukuk hükümleri uyarınca hazine aleyhine dava açma hakkına sahip kılınıyordu. Böylece hazine teorisi yönetilenlere yargı yolu ile dolaylı da olsa belli bir güvence sağlayabilmiştir. Devletin hazinesi ile birlikte tek bir tüzel kişi olduğu düşüncesi benimsedikçe, hazine teorisi yavaş yavaş terk edildi ve onun yerini hukuk devleti teorisi aldı⁸.

Devletin bütün işlemlerinin hukuk kurallarına uygun olması, hukuk devletinin başlıca varlık şartlarından birini oluşturmaktadır. Hukuk kurallarına uymayı sağlayacak mekanizmada, devletin eylem ve işlemlerinin yargı denetimi altında bulunması akla gelmektedir. Yürütmenin yargısal denetimi bütün demokratik ülkelerde yerleşmiş bir kuraldır.

İdarenin eylem ve işlemlerinin yargısal denetimi konusunda iki sistem vardır. Bunlardan birincisi, bu denetimi genel yargı organlarına bırakan ve özellikle Anglo-Sakson ülkelerinde uygulanan “adli idare” ve “yargı birliği” sistemidir. Bu sistemde tek bir yargı organı vardır ve devletle fert arasındaki hukukî uyuşmazlıklar tıpkı fertler arasındaki hukukî uyuşmazlıklar gibi bu yargı organlarıncaya yani genel mahkemelerce çözülür. İkinci sistemde ise, yürütmenin eylem ve işlemlerinden doğan hukukî uyuşmazlıkların çözümünü, genel mahkemede değil, özel bir takım yargı kuruluşlarına, yani idare mahkemelerine bırakır. “İdarî yargı” adı verilen bu sistem, Fransa’da doğmuş ve oradan diğer Kara Avrupası ülkelerine yayılmıştır. Ülkemizde yüz yılı aşkın bir süredir bu sistem uygulanmaktadır. Hukuk devleti ilkesi, gerek adli yargı, gerekse idarî yargı sistemleriyle bağdaşabilir. Hukuk devleti bakımından önemli olan nokta, yürütmenin eylem ve işlemlerinin bağımsız yargı organlarında denetlenebilmesidir. Bu denetim sağlandıktan sonra, denetimi yapan mahkemenin genel mahkeme veya idare mahkemesi oluşu hukuk devleti açısından önem taşımaz⁹.

Hukuk devleti denilince ilk olarak yürütmenin hukuka bağlılığı ve yürütme işlemlerinin yargı denetimi altında bulunması akla gelmektedir. Bunu daha çok tarihî sebeplerle açıklamak mümkündür. Hukuk devleti ilkesinin mücadelesinin yapıldığı geçen yüzyıllarda yürütme organı genellikle kral ve onun bakanlarından oluştuğu için, bu dönemlerde kişi haklarına karşı saldırıların ancak yürütme organından gelebileceği, dolayısıyla vatandaşların hukukî güvenliğinin sağlanabilmesi için yürütme organını hukukla bağlamanın gerekli ve yeterli olduğu düşünülmüştür. Kişi haklarının millî iradeden doğan yasama organına karşı da korunmasının gerekebileceği, tarihî bakımdan daha sonraları ortaya çıkan ve benimsenen bir düşüncedir. Nitekim yasama organının yargısal denetimi bazı demokratik ülkelerde (Ör. İngiltere gibi) henüz kabul edilmemiştir. Halbuki idarenin işlemlerinin yargısal denetimi hemen hemen bütün demokratik ülkelerde kabul edilmiştir¹⁰.

Gerek 1961 gerekse 1982 Anayasasında Türkiye Cumhuriyetinin nitelikleri belirtilirken, adalet anlayışı içinde insan haklarına dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu vurgulanmaktadır. Bu nitelikler arasında geçen “hukuk devleti” ifadesini Anayasa Mahkemesi yukarıda da zikrettiğimiz gibi şöyle açıklamaktadır: “Hukuk devleti demek, insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu, adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini yükümlü sayan, bütün davranışlarında hukuk ve Anayasa uyan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı bulunan bir devlet demektir”¹¹.

Danıştay da vermiş olduğu bir kararında “İdarenin bütün eylem ve işlemlerinin yargı denetimine bağlı olması hukuk devletinin en karakteristik vasfı icabıdır” diyor¹².

Yüzyılımızın önde gelen liberal düşünürlerinden Hayek’in hukuk ve siyaset teorisinin temel kavramlarından biri “hukuk devletidir”. O’na göre, hukuk devleti siyasî özgürlüğün başlıca güvencelerinden biridir¹³. Hukuk Devletinın gerekleri ve teknikleri denildiğinde, her şeyden önce yasama, yürütme, idare ve yargının görev alanlarının açıkça tanımlanmış olması ve bu sınırlara bilfiil uyulması gerekir. Diğer bir gereği, bireysel özel alanların ve temel hakların güvence altına alınmasıdır. Bu bağlamda, hukuk önünde eşitlik, hak arama yollarının açıkça öngörülmesi, kazanılmış haklara saygı, evrensel ilkelerin dikkate alınmasını da zikretmek gerekmektedir¹⁴.

Hukuk Devleti, kısaca, “vatandaşlarına hukukî güvence sağlayan devlet” demektir. Bunun içinde yukarıda zikredilen hususlara uyulması gerekmektedir. Bu güvencelerin başında da hak ve özgürlükler sistemi gelmektedir. Denilebilir ki, devlet yapısını ve bu yapının çalışma mekanizmasını belirli kurallara bağlamak hukuk devletinin en önemli koşuludur. Tabii ki bunun sonuç verebilmesi için de, yöneticilerin bu kurallara uymaları ve hukuk düzenine bağlı kalmaları gerekmektedir. Dava hakkının sınırlanmaması ve yargı bağımsızlığı ayrı bir önem taşımaktadır¹⁵.

2) 1982 Öncesi Uygulama

Bu kısa açıklamalardan, Anayasa Mahkemesinin ve Danıştayın muhtelif kararlarından anlaşıldığı üzere, hukuk devletinin en önemli niteliklerinden biri, idarenin eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tâbi olmasıdır. Bu ilkenin dışına çıkarak idarenin bazı işlemleri yargı denetiminin dışında tutuluyorsa, hukuk devleti ilkesinin zedelenmiş olduğu açıktır. Yönetim ile yönetilenler arasında çıkan anlaşmazlıkların giderilmesinde en etkili yol yönetimin eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tâbi tutulmasıdır¹⁶. 1924 Anayasası döneminde Danıştay, bir kısım yürütme işlemlerini siyasî mahiyette görerek, bunlardan doğan uyuşmazlıklara bakmayı reddediyordu. “Hükümet tasarrufu” adı verilen bu işlem kategorisi “hikmetinden sual olunmaz” türünden bir düşünceyle, “yerindelik” denetimine dönüşür endişesiyle denetim dışı bırakılmıştı. Bugün artık böyle bir anlayış bütün demokratik ülkelerde kaybolmuştur¹⁷.

Öte yandan, özellikle 1950-60 döneminde çıkarılan bazı kanunlarla da bir takım işlemler yargı dışı tutulmuştur. 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununun 39. maddesinin (b) fıkrasının son bendi, 6422 sayılı ve 1954 tarihli kanunla değiştirilmiş ve “bu fıkra hükümlerine göre re’sen emekliye sevk edilenler hakkında kararlar kat’idir. Bu karar aleyhine hiç bir surette kaza merciilerine başvurulamaz” şeklini almıştır. Bu değişikliğe dayanarak Yargıtay üyelerinden 16’sı bir günde emekliye sevk edilmiştir¹⁸. Keza, aynı kanuna dayanarak bazı Büyükelçiler de emekli edilmiştir.

Seul Büyükelçisi Doktor Kamil İdil, 26.10.1959 günü Dışişleri Bakanlığınca re’sen emekliye sevk edilmesi üzerine Danıştay’da dava açmıştır. Adı geçen Bakanlık tasarrufu, Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulunun 8.4.1960 günlü ve 1960/80 sayılı kararı ile şekil noksanlığı ve yetkisizlik yönlerinden iptal edilmiştir.

Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, bu incelemeyi yaparken davalının emekliye ayrılmasının dayanağını oluşturan 5434 sayılı Kanunun değişik 39. maddesinin (b) bendinin Anayasanın 8, 31 ve 114. maddelerine aykırı bularak, durumu 23.11.1962 gün ve 52377 sayılı yazısı ile Anayasa Mahkemesine sevk etmiştir.

Görülüyor ki, Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu bu kanunun ilgili hükmünün Anayasaya aykırılığını, Anayasada temel ilke olarak yer alan, “Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı”, “hak arama hürriyeti” ve “idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunu” belirten kurallara dayandırmıştır.

Anayasa Mahkemesi, Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu raporunun genel gerekçe kısmının “iktidarın yapısı” başlığını taşıyan yargı bölümünde yer alan “hukuk devletinin temel unsuru, bütün devlet faaliyetinin hukuk kurallarına uygun olmasıdır. Bu uygunluğu sağlayacak makamlar yargı organlarıdır. Anayasa, bütün devlet faaliyetlerini kaideler hiyerarşisi içinde kazaî murakabeye tâbi tutmuş bulunmaktadır” şeklindeki ifadelerle yer verdikten sonra şöyle demektedir: “İdarenin hiç bir eylem ve işlemi, hiç bir halde yargı merciilerinin denetimi dışında bırakılamaz şeklindeki Anayasanın 114. maddesi, kazaî denetimi bütün idarî eylem ve işlemlere teşmil etmek suretiyle devlet faaliyetlerinin kazaî denetim sistemini tamamlamış bulunmaktadır. Anılan 114. madde hükmü, bu konuda hiç bir tereddüt ve şüpheye yer vermeyecek kadar kesin ve açıktır. Nitekim bu maddenin gerekçesinde, bir çok kanunlarda, o kanunlara ilişkin idarî kararlara karşı kazaî müracaat yollarının kapatılmış bulunduğu bir vakıa olduğu ve bu hükümlerin hukuk devleti anlayışına aykırılığı açık olmakla beraber, bundan böyle, geçmiş tatbikatta olduğu gibi, her hangi bir tereddüde yer ve imkân vermemek maksadıyla yeni Anayasada bu maddeyi terke zaruret görüldüğü belirtilmiştir. Bahis konusu 39. maddenin (b) fıkrasına dayanılarak verilen (re’sen emekliye ayırma) kararından ötürü hak ve menfaatleri ihlâl edilenlerin, yetkili yargı merciilerine başvurma hakları, Anayasanın 31. ve 114. maddeleri ile sağlanmış olduğundan bu yolu kapatan ve Anayasanın sözüne ve özüne aykırı olan 5434 sayılı kanunun 39. maddesinin 6422 sayılı kanunla değişik (b) fıkrasının itiraz konusundaki bendinin iptali gerekmektedir”. Yüksek Mahkeme bu gerekçeye dayanarak adı geçen hükmü Anayasaya aykırı bularak oy birliği ile iptal etmiştir¹⁹.

Hukuk devleti kavramı ilk kez Anayasamıza 1961 Anayasası ile girmiştir. Bu durum, 1924 Anayasası döneminde hukuk devleti olmadığı anlamına gelmez²⁰.

3) 1982 Anayasasında Durum

Hukuk devleti, 1982 Anayasası ile bazı kısıtlamalara uğramakla birlikte, Anayasanın temel ilkelerinden biri olma niteliğini korumuştur²¹.

Yukarıda yaptığımız kısa açıklamalardan anlaşıldığı üzere “hukuk devleti”nin en önemli vasfı özellikle idarî işlem ve eylemlerinin yargı dışı kalmamasıdır. Bu durum bu gün Batı Demokrasilerinde tamamen yerleşmiş ve vazgeçilmesi mümkün olmayan bir ilke halini almıştır.

Durum bu kadar açık ve yargı organlarının eğilimi de bu yönde olduğu halde, 1982 Anayasası, temel ilke olarak hukuk devletini (md. 2) devletin niteliklerinden kabul ettiği ve bunun zorunlu bir sonucu olarak idarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunu açık tuttuğu (md. 125) halde, diğer bazı düzenlemelerde bir takım işlemlerin yargı dışı tutulduğunu belirtmiştir. Bunlar genel kurula istisna olarak gösterilmiştir. Yargı dışı tutulan işlemler şunlardır: Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler (md. 125/2, md. 105/2), Yüksek Askerî Şûra Kararları (md. 125/2), olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnameler (md. 148/1), Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları (md. 152/4). Ayrıca, Anayasanın geçici 15. maddesi ile de bir çok tasarruf yargı denetimi dışında tutulmuştur. Buna göre, 12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçimler sonucu toplanacak TBMM Başkanlık Divanı oluşturuluncaya kadar geçecek süre içinde, yasama ve yürütme yetkilerini kullanan 2356 sayılı kanunla kurulan Millî Güvenlik Konseyinin, bu Konseyin yönetimi döneminde kurulmuş hükümetlerin 2485 sayılı kanunla görev ifa eden Danışma Meclisinin her türlü karar ve tasarruflarından dolayı yargı mercülerine başvurulamaz. Bu dönem içinde çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararnamelerin Anayasaya aykırılığı ileri sürülemez. Bu hüküm nedeniyle 648 adet kanun ve KHK yargı dışı kalmıştır.

Yargı muafiyeti kazandırılan bu işlemler ve tasarruflar arasında sadece Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler için biraz anlayış gösterilebilir. Ancak Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler arasında bir ayırım yaparak, Cumhurbaşkanının yürütme organının başı sıfatı ile yapacağı işlemleri yargı denetimine tâbi tutarken, Onun “Devletin başı” sıfatıyla yapacağı işlemleri “idarî işlem” sayılmayacaklarından yargı denetimi dışında tutmak lazımdır²².

Bu durum dışında kalan yargı bağımsızlığı kazandırılmış hususları kabullenmek, bir hukuk devletinde imkânsızdır. Herhalde bunun yolu, normal yasama prosedürü takip edilerek gerekli değişikliklerin yapılmasıdır. Olağanüstü hal döneminde çıkarılan KHK’lerin yargı dışı tutulmasını kabullenmek mümkün değildir. Zira, olağanüstü hal rejimi keyfî değil hukukî bir rejimdir. Böyle olmakla beraber, Anayasa Mahkemesinin Olağanüstü Hâl KHK’lerini bir takım gerekçelerle denetlemesi de kabul edilebilir bir durum değildir. Anayasanın açıkça yargı dışı tuttuğu bir işlem türünü yargı denetimine tabi tutmak, açıkça Anayasaya aykırılık sonucunu doğurur. Bütün gönlümüzle bu tür KHK’lerin yargı denetimine tâbi olmalarını arzulamamıza rağmen, Anayasa Mahkemesinin zorlama ve tatminkâr olmayan bir takım gerekçelerle bu KHK’leri denetlemesini²³ “hiç bir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisini kullanamaz” şeklindeki Anayasa hükmü (md. 6) ile bağdaşır buluyoruz²⁴.

Anayasanın geçici 15. maddesi için de durum aynıdır. Bu hükmün artık geçersiz kaldığı şeklindeki görüşleri benimsemek mümkün değildir. Benzer düzenleme 1961 Anayasasında da (Geçici md. 4) mevcuttu. Anayasa Mahkemesi bu hükmü uygulamada muhtelif şekilde değerlendirmiştir²⁵. 1982 Anayasasının geçici 15. maddesine ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi şöyle diyor: “Bahis konusu geçici maddenin kapsamında olan ve böylece anayasal korunma altında bulunan yasa hükümlerinin sırf bu nedenle Anayasaya aykırı oldukları ileri sürülemeyeceği gibi, bunların Anayasa Mahkemesince iptal edilmesinden de söz edilemez. Bu durumdaki hükümlerin ancak anayasanın temel ilkelerine ve bu ilkelere egemen olan hukukun kurallarına olabildiğince uygun düşecek biçimde yorumlanmaları düşünülebilir”²⁶.

Görülüyor ki, sorunun halli pek kolay değil ve bu nedenle de Anayasa Mahkemesi birbiri ile çelişkili kararlar verip duruyor. Bu konuda kesin bir tercih yapmak bize de zor geliyor. Bir muhalefet şerhinde belirtildiği gibi, yasama organının Anayasaya uygun olacak bir düzenlemeyi zamanında yapmamış olması, yürürlükteki yasa hükmünün gözardı edilmesini gerektirmez. Mahkemeler yürürlükteki yasa kurallarını daima dikkate almak zorundadırlar. Diğer taraftan Anayasa hükümleri üstünlük ve bağlayıcılık gibi nitelikleri yönünden eş değerde kurallardır. Birinin diğerine tercihi, bir ilkenin korunması pahasına diğerinin ihmâl edilmesi olanağı yoktur... Bu durumda iptal ve itiraz davası yollarını kapatmış olan Anayasanın (1961) geçici 4. maddesini dikkate almamak... Anayasanın 34. maddesini geçici 4. madde hükmüne tercih etme sonucunu yaratacağı içindir ki, benimsenemez²⁷.

Tabii ki, sorunun çözümü, bir Anayasa değişikliği ile geçici 15. maddeyi yürürlükten kaldırmakla mümkündür. Bu değişiklik yapılmadığı sürece, Anayasa Mahkemesi çelişkili kararlar vermeye devam edecektir. Durumu düzeltmek tamamen TBMM’nin yetkisi içindedir. 1982 Anayasası her ne kadar bu konuda TBMM’ne açık bir yetki vermemiş ise de, bu hususta Meclisin mevcut

kanunları ve ilgili geçici maddeyi değiştirme yetkisinin olmayacağını söylemek imkânsızdır. Nitekim, 1961 Anayasası “devrim tasarruflarını” düzenleyen geçici 4. maddesinde yasama organının bunları değiştirme yetkisinin her zaman mevcut olduğunu açıkça hükme bağlamıştır. Buna göre “27 Mayıs 1960 devrim tarihinden 6 Ocak 1961 tarihine kadar çıkarılan kanunlar Türkiye Cumhuriyeti’nin diğer kanunlarının değiştirilmesi ve kaldırılmasında uygulanan kurallara göre değiştirilebilir veya kaldırılabilir”.

Belirttiğimiz gibi 1982 Anayasasının geçici 15. maddesinin ne zaman yürürlükten kalkmış sayılacağı konusunda doktrinde görüş birliği mevcut değildir. 1982 Anayasa Komisyonu Başkanı Aldıkaçtı, bir dava vesilesiyle mahkemeye verdiği bilirkişi raporunda, söz konusu maddenin artık yürürlükte olmadığını ileri sürmüştür²⁸. Bu görüş doğru sayılacak olursa, geçici 15. madde ile bir geçiş dönemi öngörülmüş demektir. Fakat doktrinde ağır basan görüş bu maddenin geçici olmadığı yönündedir²⁹. Anayasa Mahkemesi de bu yorumu benimseyerek geçici 15. maddenin süreklilik arz ettiğini oybirliği ile kabul etmiştir³⁰.

Kanaatimizce geçici 15. madde, 12 Eylül 1980 tarihinden ilk genel seçimlerin yapılmasını takiben toplanan TBMM Başkanlık Divanının oluşumuna (7 Aralık 1983) kadar geçen süre içinde yapılmış olan yasama ve yürütme işlemleri için her türlü sorumluluğu kaldıran ve yargı denetimini engelleyici mahiyette, tabir yerinde ise “kalıcı bir geçici hüküm”³¹ niteliğinde bir düzenlemedir. Tekrar belirtelim ki, bu kanunların yasama yoluyla değiştirilmeleri veya kaldırılmaları her zaman mümkündür³². Keza, geçici 15. maddenin Anayasayadan çıkarılması yolu da kapalı değildir. Nitekim 47 og sayılı ve 3.11.2001 tarihli kanunla değiştirilmiş ve kanunla yargı yolu açılmıştır^{32a}.

4) Uluslararası Belgeler ve Hukuk Devleti

Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun ferdî başvuru hakkını kabul ettiğine³³ ve ayrıca Avrupa İnsan Hakları Divanının yargı yetkisini tanıdığına göre³⁴ uluslararası mekanizmayı bu konuda çalıştırmak mümkündür. Öte yandan, TBMM bünyesinde kurulmuş bulunan İnsan Hakları İnceleme Komisyonuna³⁵ başvurmak da ilk etapta düşünülebilir. Hatta bu yol Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna başvuruda temel şart olarak kabul edilmiş olan “iç denetim yollarının tüketilmiş olması” koşulunun yerine getirilmiş olmasını sağlamak için de kullanılabilir. Tabii ki, TBMM İnsan Hakları Komisyonuna müracaat etmek bir denetim yolu niteliğinde görülebilirse.

Bugün artık uluslararası belgelerin etkileri her türlü çekincelere rağmen hissedilmektedir. Öyle ki, sözleşmeyi imzalayan devletlerin koydukları çekinceler dar yorumlanmakta ve fazla dikkate alınmamaktadır. Bu belgelerin, Anayasaların ve iç hukuk düzenlemelerinin üzerinde oldukları bir çok mahkeme kararlarında vurgulanmıştır. Uluslararası Andlaşmaların kanun güç ve kuvvetinde olduklarını ve Anayasa aykırılıklarının ileriye sürülemeyeceğini açıkça hükme bağlayan Anayasamızın hükmü de Milletlerarası Sözleşmelerin etkilerini arttırıcı yönde yorumlanmaktadır.

Danıştay, bu konuda vermiş olduğu son bir kararında bu hususa açıkça değinmiştir. Şöyle diyor: “İnsan Haklarına ilişkin uluslararası belgelerde yer alan hükümlerle, bireyin uluslararası hukukun bir süjesi konumuna getirildiği tartışmasızdır. Bu belgelerde devlet, başka devletlere karşı, kendi vatandaşlarının bu haklardan yararlandırılacağına dair yükümlülük altına girmektedir. Uluslararası sözleşmelerin Anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyeceğine ve bu sözleşmelerle bir devlet diğer devletlere karşı sözleşmede yer alan hak ve hürriyetlerden kendi vatandaşlarını da yararlandırmak konusunda diğer devletlere karşı uluslararası yükümlülük altına girmiş olduğuna göre, usulüne uygun şekilde onaylanarak yürürlüğe konulmuş bu nitelikte bir sözleşmenin Anayasaya aykırı hüküm taşısa bile uygulanmaktan alıkonulamayacağı, kendisinden önce veya sonra çıkmış olan yasalara aykırılığı ya da sonradan çıkan yasanın sözleşme kurallarını değiştirdiği ileri sürülerek uygulanmasının savsaklanamayacağı Türk hukukunda genellikle kabul edilmektedir. Anayasa, andlaşmaların Anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceğini açıklamak suretiyle, iç hukuk yönünden andlaşmaların üstünlüğü ilkesini benimsediğini belirtmiş olmaktadır. Nitekim uygulamada devletin bir andlaşma yaparken, eğer andlaşma ile Anayasa çatışıyorsa, bunu önlemek için çekince koyduğu, iç hukuk ile dış hukuk arasındaki çelişkiyi bu şekilde önlediği bilinmektedir... İç hukukta doğrudan hukuksal sonuçlar yaratan uluslararası sözleşmelerin yukarıda belirtilen niteliği ve bunlara karşı Anayasa Mahkemesine başvurulamaması ve böylece bu sözleşmelerin sonradan yapılacak ulusal yasal düzenlemelerle etkisiz kılınması yolunun kapatılmış olması bu sözleşmelerin iç hukukta yasalar üstü bir konumda olduğunu ve yürütme ve yargı organları için bağlayıcı nitelik taşıdığını apaçık ortaya koymaktadır”³⁶.

Anayasa Mahkemesi de bazı kararlarında uluslararası belgelerin nitelik ve etkilerini, iç hukukla olan ilişkilerini Danıştayın yaklaşımı gibi yorumlamıştır³⁷. Anayasaya aykırı bulduğu bir kanunu iptal ederken ayrıca uluslararası belgeleri “Destek Normu” olarak kullanmaktadır³⁸.

Yüksek Mahkemelerimizin de belirttikleri gibi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini onaylamakla Türkiye Cumhuriyeti Devletinin, bu sözleşmede yazılı hak ve hürriyetleri kendi vatandaşlarına da tanımak ve iç hukukunda sözleşme hükümleri doğrultusunda gerekli düzenlemeleri yapmak konusunda sözleşmeye taraf diğer devletlere karşı uluslararası bir yükümlülük altına girdiğinde kuşku yoktur. Nitekim sözleşmenin 1. maddesinde “Yüksek Âkid taraflar kendi kaza haklarına tâbi her ferde işbu sözleşmenin birinci bölümünde tarif edilen hak ve hürriyetleri tanırlar” şeklinde kesin ve bağlayıcı bir kural yer almaktadır. Ayrıca, 57. maddede de “Her Yüksek Âkid taraf kendi dâhilî mevzuatının, işbu sözleşmenin bütün hükümlerinin fiilen tatbikini ne surette temin ettiği hususunda Avrupa Konseyi Genel Sekreterinin talebi üzerine izahat verecektir” denilmek suretiyle taraf devletlerin iç hukuklarında gerekli düzenlemeler yapmak yükümlülüğü altında bulduklarına işaret edilmektedir. Nitekim 15 Ocak 1989 tarihli Viyana Belgesiyle de, Viyana toplantısına katılan Devletler, iç hukuklarını, eylemlerini ve politikalarını taraf oldukları uluslararası andlaşmalar ve Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı (AGİK-AGİT) belgelerindeki kararlarla uyumlu hale sokma taahhüdünde bulunmuşlardır. Bunun anlamı, bundan böyle, İnsan Hakları ve temel hürriyetleri ile ilgili hiç bir şeyin sadece bir iç hukuk sorunu olarak görülemeyeceğidir.

II- ADALETTE TIKANIKLIK

1) Hukuk ve Adalet

Bilindiği gibi adalet, haklıya hakkını vermek, haksıza da haddinî bildirmektir. Ancak, kimin neyi hak ettiğini bilebilmek için de sağlam bir temel olmalıdır. En büyük politika adaleti hakim kılmak olmalıdır. Devlet imkânlarını elinde tutanların değil, hakkın ve adaletin gücü sağlanmalıdır. Yargı mekanizması, güçlülerin delip geçtiği, zayıfların takıldığı bir örümcek ağı olmamalıdır. Zira, zulme ve haksızlığa uğramış kişilerin başvuracakları ve güvencikleri tek yer adalet kapısıdır. Ayrıca, adalet, maddî bir olgu değil, manevî bir duygudur. Bu nedenle adalet, sadece mahkeme koridorlarında değil, ondan çok daha önce vicdanlarda ve gönüllerde aranmalıdır.

Hukuk kuralları fert-toplum arasındaki dengeyi, düzeni ve güveni sağlayan kurallardır. Adalet içinde bir yaşama hakkı sağlamayan bir hukuk sistemi zulüm aracı olur. Hukuk, azınlığın, hatta tek bir ferdin çoğunluk karşısında ezilmeme hakkını sağlayabildiği ölçüde kurumsallaşır. Bu noktada hukuk amaç değil, adalete ulaşmada bir araçtır. Hukukun nihai amacı adaleti gerçekleştirmektir.

Unutmamak gerekir ki, adalet mülkün (Devletin) temelidir. Bilinmelidir ki, bir Devlet küfür üzere ayakta kalabilir; ama zulüm üzere kalamaz.

2) Adalette Gecikme

Türk adaleti bakımından en çok yakınılan husus, davaların çok uzun sürmesidir. Ülkemizde bir kaç milyonluk alacak davalarının dahi bir yıldan önce neticelendirilememesi acil bir hukuk reformu yapılmasını gerektiriyor. Türkiye’de yargının tıkanıdığı, insanların ihtilâflarına çözüm olmadığı, mahkemelerde biriken dava dosyalarının içinden çıkılmaz bir hale geldiği herkes tarafından konuşuluyor. Öyle ki, bu meseleleri çözmede en çok sorumluluk taşınması gereken Adalet Bakanları tarafından da öne sürülüyor. Ne var ki, bakan olan kişiler, sorunların temeline inerek çözüm üretmek yerine, görev yaptığı dönemde kendi partisine mensup insanlara iş bulmayı hedefliyor ve bununla da övünüyor.

Adalet mekanizmasında yapılacak ilk reform, davaları hızlandırıcı düzenlemeler yapmaktır. Unutmamalıdır ki, “geç gerçekleşmiş adalet gerçekleşmemiş adalettir”.

3) Hakim Açığı

Bir defa, önemli ölçüde hakim açığı var. Örneğin, birleşmeden önce Almanya’da (65 milyon iken) 24 bin hakim vardı. Bizde ise, aynı nüfus olmakla beraber, 7 bin hâkim var. Bazı günler bir tek hâkimin 100’ün üzerinde dava dosyasına baktığı olmaktadır. Oysa, Avrupa’da bir hakime yılda ortalama 100-150 dava dosyası düşmektedir. Böylesine hakim açığı varken, binlerce hukuk mezunu meslek dışı işlerde çalışmasına rağmen, Adalet Bakanlığı kapılarını bu insanlara kapatıyor.

Gerçi bu hâkim açığının bir nedeni de hâkim ve savcıların ülke genelinde dengeli dağılımının yapılmamış olmasıdır. Bu yapılacak olursa hakimlere daha eşit sayıda dava düşmesi sağlanabilir.

4) Dava Sayısında Artış

Adalet reformu çerçevesinde yapılması gereken bir yenilik de dava sayısındaki artışı ve mahkemelerin iş yükünü azaltıcı formüller bulmaktır. Gerçekten yargının dava yükü bir hayli ağırdır. Örneğin, 1987 yılı içinde muhtelif yollardan Savcılığı intikal eden suç duyurusu, 1.251.134'dür. Bunlardan 565.187'si hakkında çeşitli gerekçelerle kamu davası açılmamıştır. Aynı yıl Yargıtay Ceza Dairelerine gelen ve geçen yıldan devredilen dosya adedi 128.138'dir. Bunun 99.757'si hakkında karar verilmiştir.

1993'de Hukuk Mahkemelerimizde toplam dava sayısı 1.701.489'dur. Bunun 1.196.113'ü 1992'den kalmadır. Bu davaların 980.943'ü 1993 yılı içinde karara bağlanırken 520.546'sı 1994 yılına kalmıştır.

5) Yargıya Güvensizlik ve Özel Takip Büroları

Alacak hakkı için Mahkemeye giden vatandaş, davanın uzaması üzerine, başka yollardan hak aramaya başlıyor. Bu gün bu tür faaliyetleri üstlenmiş 1500 kadar büro olduğu biliniyor. Halkın "senet mafyası" dediği bu tür oluşumlara vatandaş "adaletçiler" diyor. Gerçekten de, özellikle davaların uzaması borçluyu borcunu ödememeye teşvik ediyor. Türkiye'de yaşanan enflasyon canavarı karşısında, örneğin iki yıl dava konusu parayı kullanan davalı, davayı kaybetse bile, kanunî faizlerin de eklenmesiyle ödeyeceği miktar, 2 yıl içinde kazandığının çok altında oluyor. Bu durumu bilen alacaklılar ister istemez kanundışı yollara başvurmak zorunda kalıyorlar. Bilinmelidir ki mafya sadece alacaklar için değil tüm hak taleplerinde kesin çözüm olma cazibesini koruyor.

Eskiden Anadolu'da vatandaş haksızlığa uğradığında "şimdi sen görürsün, seni mahkemeye vereceğim, sürüm sürüm sürüneceksin" derdi; maalesef şimdi karşı taraf "işte mahkemenin yolu, bildiğini yap" cevabını veriyor. Kısacası dava açan sürünüyor.

6) Devletçe Yersiz Çıkarılan Af ve İhkak-ı Hak

İktidarlar siyasî yatırım amacıyla ya da başka nedenlerle zaman zaman Af çıkarıyorlar. Bu durumda Cezalar caydırıcılık özelliklerini kaybediyorlar. Ayrıca, Ceza İnfaz Kanunu sürekli değiştirilerek suçlunun bir şekilde dışarı çıkarılması sağlanıyor. Kanunun son durumuna göre mahkum cezanın sadece %43'ünü çekiyor. İşte bu durumları sık sık gören vatandaş yargıya olan güvenini kaybediyor. Bu durumu önceden bildiği için de ihkak-ı hak dediğimiz yola giriyor. Yani, hakkını bizzat kendisi almaya kalkıyor. Bu nedenle özellikle ceza davalarında öldürme ile sonuçlanıyor.

7) Kanun Önünde Eşitlik, Yargının Bağımsızlığı ve Kimi Mahkumlardan Özür Dileme

Bu durum 1996 yılı içinde çok yaygın olarak görüldü. Başbakan ve Cumhurbaşkanı'nın bir mahkumdan (Yaşar Kemal) özür dilemesi infial uyandırdı. Aynı kanunun başka birine uygulanırken ses çıkarılmaması adalete gölge düşürmektedir. Bir kanunun hükmünün yerinde olmaması ayrı şey, o kanunun yürürlükte olduğu müddetçe herkese uygulanması ayrı şeydir. Hakimin görevi kanunu uygulamaktır. Kanunu uygulayan hakim suçlanamaz. Tüm vatandaşlar kanun önünde eşittir.

Filan yazarı, falan gazeteciye mahkum etti diye suçlulardan özür dilenmez; bu kararı veren hakim de tayin edilemez.

8) Medyanın Sorumsuzluğu ve Adalete Düşen Gölge

Bir kısım medya, sorumsuzca ve siyasî amaçlarla bir olayı adliyeye intikal etmeden, hatta bazen kanuna aykırı olduğu halde, adliyeye intikal ettikten sonra bile, abartarak ve büyüterek veriyor. Ayrıca, o kişi ya da kişileri kesin suçluymuş gibi gösteriyor. Daha sonra Mahkemelerden beraat kararı çıkarsa ya da dava açılmamışsa vatandaşlar "bu nasıl adalet, adam elini kolunu sallaya sallaya çıktı; kimbilir kime ne verdiler; kimi gördüler" gibi bir düşünceye saplanıyorlar. Bu ise adalete olan güveni haksız bir şekilde sarsıyor. Bu durum bir ülkede adalete vurulacak en büyük darbedir.

9) Yargı Reformunda İlk İş: TAHKİM MÜESESSESİ

Milattan önce VI.ve VII. asırda kullanılmaya başlayan ve özellikle Eski Yunanda ve İslâm'da uygulama alanı bulan Hakem kurumu halk arasında yeterli ölçüde tanınmamaktadır. Öyle ki, İstanbul Ticaret Odasının kendi üyeleri arasında 1979'dan beri uygulamaya çalıştığı tahkim usulü bile sık başvurulan bir yöntem olmamıştır. 3 Hakemin görev yaparak en geç 6 ay içinde sorunlara çözüm bulduğu Kurul'a 1995 yılı içinde sadece 4 müracaat yapılmıştır. Halbuki çok kısa zamanda çözüm bulunmaktadır. Ayrıca, Baronun da gerekli önemi vermemesi Hakemlik kurumunu atıl bırakmıştır.

Bilindiği gibi, Kanunlarımızda Tahkim kurumu düzenlenmiştir. Ancak, Devlet, tekelinde bulunan yargılama yetkisini özel şahıslara bırakmamak için hakemlerin aldığı kararları çeşitli yollardan denetlemeyi hedefliyor. Yargıtay, hemen tüm kararlarda son mercii olarak görev yapmaktadır. Böyle olunca da Tahkim Kurumu cazibesini kaybediyor.

Kanundaki düzenleniş şekliyle Tahkimin uygulanabileceği alanlar bir hayli geniştir; ama uygulamada çalışmıyor. Oysa, özellikle, sulh hukuk, asliye hukuk, iş hukuk, vergi hukuku ve ticari davalarda, yani kamu düzenini doğrudan doğruya sarsmayan uyuşmazlıklarda “Hakem Yolu” savunulabilir.

Ucuz, kolay ve süratli bir çözüm olan Tahkimin belli alanlarda zorunlu tutulması (Mecburî Tahkim) ve bu davalara mahkemelerin bakmaması, yargı krizini önlemede etkili bir yol olabilir. Ancak, kanunlarımız böyle bir usule yer vermediklerinden, devlet, vatandaşa “ben bu tür kanunlara bakmıyorum, bu konudaki uyuşmazlıklarımızı hakemlere çözdürün” diyemiyor. Böyle olunca da küçük bir alacak bile Yargıtay’a kadar gidebiliyor. Oysa, Devlet, kamu kuruluşları arasında çıkan uyuşmazlıklarda zorunlu olarak tahkime gidiyor. Benzer şekilde, vatandaş-idare arasındaki uyuşmazlıklarda da hakem yolu düşünülebilir.

Bugün uluslararası ilişkilerde Hakem yolu adeta zorunludan Bütün uluslararası özel ticarî ilişkilerde tahkim şartı var. Amerika’daki iş ilişkileri uyuşmazlıklarının yaklaşık %60’ı tahkim yoluyla çözümlenmektedir. Avrupa’da da özellikle ticarî uyuşmazlıklar tahkime gidiyor.

Denilebilir ki, hiçbir devlet vatandaşı mecburî tahkime zorlayamaz. Ancak, Devlet, vatandaşı tahkime teşvik edebilir. Örneğin Almanya’da bu konuda kitaplar yazılarak kişilere “Hakeme gitmek Hakime gitmekten daha iyidir” terkinin yapıyor.

10) İstinaf Mahkemelerinin Kurulması

Osmanlı döneminde mevcut bulunan İstinaf Mahkemeleri yeniden kurulmalıdır. Şimdiki durumda alt mahkemenin kararına itiraz halinde doğrudan doğruya Yargıtay’a gidiliyor. İstinaf olursa, bir ara denetim yolu açılacak. Böylece Yargıtay’a dava az gideceğinden yükü azalacak ve davalar hızlanacaktır. Bu şekilde Yargıtay gerçek anlamda “içtihat” kurumu haline gelecektir.

11) Ombudsmanlık Kurumu

Akla gelen başka bir çözüm teklifi de “Ombustmanlık”³⁹ kurumudur. Bilindiği gibi bu sistem İskandinav ülkelerinde doğmuştur. İsveç ve diğerlerinde mevcut olan bu model İngiltere ve Fransa’da başka ad altında bulunmaktadır. Avrupa Birliği ülkelerinde genelde var olan bu kurum “Mediatör” ismini almakta, Rusya’da da “proküratura” ismini taşımaktadır.

XVIII. Asır başlarında İsveç Kralı XII. Şarl (Demirbaş) ile Rus Çarı Büyük Petro arasında rekabet bulunmakta ve bunun merkezini de Lehistan teşkil etmekteydi. Yapılan savaşta XII. Şarl yenilerek 8 Temmuz 1709 günü Osmanlı İmparatorluğu’na iltica etti. Bir süre kaldı ve tüm ısrarlara rağmen Rusya’ya teslim edilmedi. Rusya ile varılan andlaşma neticesi ülkesine dönmesi sağlandı⁴⁰.

Ülkesine dönen bizim Demirbaş Şarl dediğimiz İsveç Kralı XII. Şarl, Rus ordusu karşısında sığındığı Osmanlı Devleti’ne Divân-ı Mezâlîm ile Divân-ı Hümâyûn müesseselerinin varlığını görmüştür. Bu müesseselere karşı ilgi duyan Kral Şarl, vatandaşların haklarını koruyan bu kurumların yerine İsveç’e döndüğünde “vekil adam” anlamına gelen “ombudsman” diye adlandırılan bir kişiyi tayin ederek ombudsman müessesesinin temelini atmış oldu. Bugün batı devletlerinin çoğunda bulunan bu müessese yukarıda bahse konu olay neticesi vatandaşı yetki tecavüzüne karşı koruyan Divan-ı Mezâlîm’den esinlenerek kurulmuştur⁴¹.

Geleneksel denetim yollarının çaresizliği sonucu XVIII. yüzyıl başlarında İsveç’te ortaya çıkan ve uygulanmaya başlanan yeni bir denetim biçimi olarak ombudsmanlık müessesesi ortaya çıkmıştır. Ortaya çıkışı İsveç’te olmakla beraber kökeni Osmanlı Tarihine ve İslam devletlerine dayandıran görüşler ve yazarlar bulunmaktadır. Victor PİCKL’e göre ombudsman 1713’te İsveç’te kurulmasının aslı kaynağı Osmanlı idarî sistemindeki “Başkadılık” makamıdır. Bu dönemde “Kadilküdat” diye bilinen Osmanlı başkadısının çalışmasından esinlenerek kendi adına yargıçların ve kral memurlarının kanunlara uygun çalışmasını denetlemek için Justitiekansler’i atamasıyla başladığı söylenmektedir. Başkadı olan kadilküdat padişah dahil, diğer görevlilerin İslâm hukukuna uygun çalışıp çalışmadığını denetlemekle görevli idi. Ayrıca Divan-ı Mezâlîm (Yakınmalar Kurulu) gibi kurumlar da bugün hala bazı İslam ülkelerinde mevcuttur⁴².

Bir kişi tarafından temsil edilen ve etrafında yeterince uzmanla donatılmış olan bu müessese ile idarenin yargı ve yasama dışında bir başka yolla denetimi amaçlanmaktadır. Her yıl bir rapor hazırlamakta ve bunu Parlamento Başkanlığına sunmaktadır. Atandığı süre içinde görevden alınamayan ve önemli güvencelere sahip olan bu kişi yolsuzlukla mücadelede önemli bir rol oynayabilir. Zaten, Avrupa Birliğine girildiğinde oradaki uygulama gereği bu tür kuruma ihtiyaç duyulacaktır. Ne var ki, Ombudsman ve benzeri kurumlar daha çok yargı sistemi iyi işleyen ülkelerde, sorunların çoğunun yargıda çözüldüğü devletlerde, geriye kalan işleri çözmek noktasında işleyebilmektedir. Bizim gibi

yasama, yürütme ve yargı sistemi işlemeyen ülkelerde Ombudsman kurumundan yeterli bir netice alınabileceği kuşkuludur. Fakat yine de yolsuzlukla mücadelede yurt dışında etkili gözükten bu yolun da düşünülmesinde yarar görülebilir. Nitekim 1982 Anayasası hazırlanırken, Kamu Denetçileri Kurulu adı ile bu tür bir kurum önerilmişti. Benzer bir teklif de bir siyasi parti tarafından önerilmiştir⁴³. Devlet Denetleme Kurulu'nun ya doğrudan "Kamu Denetçisi" olarak ya da TBMM'ne bağlı "Parlamento Ombudsmanı" olarak yeniden düzenlenmesi de önerilmektedir. Başka öneriler de mevcuttur⁴⁴.

1809 tarihli İsviçre Anayasası ile kendini gösteren Osmanlı menşeyli bu kurum, 1971 yılında 21 ülkede; 1975'de 62 ülkede uygulanmaya başlanmıştır. Bugün daha da yaygınlaşmış durumdadır. Ayrıca, Avrupa Konseyi İstişare Asamblesinde 1975 tarihli ve 457 Sayılı Tavsiye Kararı ile Ombudsmanlığı üye devletlere tavsiye etmektedir⁴⁵.

12) İşlemeyen Sadece Yargı mı?

Elbette değildir. Yargının bu durumu toplumun içinde bulunduğu sosyal barışın ve güvensizliğin ne derece bozulduğunu göstermektedir. Tüm kurumlarda erozyon yaşanmaktadır. Kesinlikle yeniden yapılanma şarttır.

III- HUKUK DEVLETİNİN GERÇEK ANLAMI

Bu kavramın doğuşu çok eski bir geçmişe dayanmaz. XIX. yüzyıl başlarında Alman Hukuk çevresinde ortaya çıktığını söyleyebiliriz. 1946 tarihli Bavyera Anayasası dünyada hukuk devleti terimini ilk defa kullanmış olan Anayasadır (md. 3). Siyaset bilimine ilişkin yazılarda, Hukuk Devleti kavramına ilk kez XVIII. yüzyılın sonunda rastlarız. Ancak, Hukuk Devleti terimi yeni olsa bile bu yönde Eski-Çağ Döneminde de bazı talep ve düşünceler ileri sürülmüş ve kısmen de gerçekleşebilmiştir. Aslında "adalet" insanlar arası ilişkilerde uygulanması gereken ilk kıstas olarak Allah'ın emri olduğu düşünülürse, hukuk üstünlüğü ilkesi Adem Peygamberden bu yana hep var demektir. Zira Hukukun nihaî gayesi adaleti gerçekleştirmektir. Toplum yapısının ve dolayısı ile Devlet Örgütünün gitgide karmaşıklaşması "adalet" ve dolayısıyla "hukuk üstünlüğü" kavramının ilk peygamber ve ilahî vahiy ile birlikte başlamış olması gerçeğini değiştirmez⁴⁶. Gelişerek bugüne kadar gelmiştir.

Hukuk devleti ne demektir? "Hukuku olan Devlet" denilecek olursa; bu durumda tüm Devletlerin hukuk devleti olması gerekir. Zira her devletin şöyle veya böyle bir hukuku vardır. Şu halde, Hukuku olan devlet demek bu anlamda "Devlet" demekten başka bir anlam taşımaz. Yani Hukuku olan devleti açıklamamanın bir anlamı yoktur. Ne var ki yöneticiler genelde Hukuk Devletini, Hukuku olan Devlet anlamında algılar ve uygularlar. Oysa bu devlet olsa olsa "kanun devleti" olabilir.

"Hukuk devleti", Pozitif hukuka sahip devlet demek olsaydı, Hammurabi Kanunları da bu meyanda hukuk devletinin kılıfı sayılabilecektir. Bu gerçek karşısında, "Hukuk Devleti aslında bir Adalet Devleti olmaktadır. Ancak "adalet" "herkesin hakkettiğini vermek" olmasına rağmen, bu kavram sanki sadece "herkese hakettiği cezayı vermek" şeklinde anlaşılmış ve algılanmıştır. Oysa meselenin "insan hakları", "insanlık onur ve değeri" gibi beynelminel boyutu da vardır. Denilebilir ki, doğru bir şekilde "insan hakkı" esası gözönünde bulundurulmadıkça "adalet" anlayışına, dolayısıyla "hukuk devleti" esasına ulaşmak mümkün değildir. Şu halde, Hukuk Devleti kavramı, doğru bir insan hakları anlayışına dayanmadıkça dış dünyada gerçeklik kazanamaz. Hangi toplumda insan hakları, gerçekte her birey için sağlanabiliyorsa, Hukuk Devletine giden yolun yarısından çoğu alınabilmiş demektir. Ayrıca herkese emeğimin karşılığı da verebiliyorsa o toplum gerçek Hukuk Devletine kavuşmuş demektir. Hukuk Devletinin göstergesi, Kanun, tüzük, yönetmelik, yönerge gibi düzenleyici işlemlerin sayıca çokluğu değildir. Örgütlü zulüm, bazen en ince hukuk tekniği ayrıntılarına kadar düzenlenmiş olabilir. Bu bir kanun devleti sayılabilir; fakat o da bir Hukuk Devleti değildir.

Üzerine "çağdaşlık" damgası vurarak bir kurala "adalet" esasını getirmiş havası vermek mümkün değildir. Bu şekilde güçlü çıkar gruplarının topluma hakim olmasının adalet ve hukuk devleti ile hiçbir ilgisi yoktur.

Belirtelim ki, "demokrasi" tek başına "Hukuk Devleti"ne olan ihtiyacı karşılamaya yeterli değildir. 1789 Fransız Devriminin, eski Yunan'dan alarak tekrar hukuk pazarına sürdüğü Demokrasi, Hukuk Devleti'ne ulaşmak için ileri sürülen yöntemlerden biridir. Başka güvencelerle beslenmeyen bir demokrasi "çoğunluğun diktatörlüğüne" yol açabilir. Zulmü tek kişi de yapsa, çoğunluk da yapsa, zulüm zulümdür. Nitekim bir çok ülkede "Temsilî Demokrasi" altında bu zulüm yapılabilmektedir. Halk demokrasiyi ciddiye almadıkça, bir oyun olarak seyrine bakdıkça ve her seçimde bir "figüran" olarak oyuna katılmaya razı oldukça gerçek Hukuk Devletine kavuşmak mümkün olamayacaktır. Bu bir "avcılık" oyunu olur. Unutmamalıdır ki, demokrasi Hukuk Devletine ulaşmada bir araçtır⁴⁷.

Kuvvetler ayrılığı da demokrasi gibi Hukuk Devleti için sadece bir araçtır. Gerçek güç, tek ve çoğu kez çıkar gruplarının elinde ise çok defa görünürde bu kuvvetler ayrımından sözedilebilir. Perde arkasında hakim olan güç oligarşi ise, kuvvetler ayrılığı pekâlâ bu güce hizmet eden bir araç olabilir. Çoğulculuk, çok partili sistem ise bu durumda Hukuk Devletinden çok oligarşi içindeki dengeyi ve uzlaşmayı sağlamak için kullanılır. Örgütlenme hürriyeti şöyle dursun, düşünce açıklama hürriyeti bile tanınmaz. Resmi görüşe aykırı gelen düşünceleri zihinden geçirmek bile yasaklanabilir. Demokrasi ile Hukuk Devleti özdeş değildir. Hukuk Devleti amaç demokrasi ise araçtır. Bu araç bilinçli ve erdemli kişilerin eline veriliyorsa, gerçekten de Hukuk Devletine varabilmenin en iyi aracı olabilir. Buna karşılık, toplumdaki bireylerin çoğunluğunun “Adalet Devleti” amacı üzerinde hiçbir açık düşünceleri yoksa, “Adalet” terimi altında onlara benimsetilen kavram, acımasızca cezalandırma ve kimseye göz açtırmama ise, çağdaş teknolojiden yararlanan son moda propaganda araçları ile oylar etkilenebiliyor ve güdümlenebiliyor ise, bu tür bir demokrasi asla Hukuk Devletini gerçekleştiremez⁴⁸.

“Kanun maddeleri” tek başına, hukuk devletini yansıtmaz. Bu maddeler değişmez değer olan “adalet” ilkelerine dayanmadıkça bir anlam ifade etmezler. Oysa günümüz anlayışına göre, kanun, tüzük, yönetmelik ve yönerge külliyatı değişinceye kadar tartışmasız, mutlak değerlerdir. Ne var ki, kanunkoyucu bu hükümleri bir kez değiştirdi mi, değişen ister en üst düzeyde yer alan Anayasa olsun isterse en alt düzeydeki bir yönerge olsun, değişen yapılar külliyattan çıkarılır ve çöp sepetine atılır. Yeni kuralları uygulayan hâkim ve idareci bu kuralın adalete uygun olup olmadığını tartışamaz. Ceza kuralını tatbik eden hâkime takdir hakkı verilmezse ağırlatıcı ve hafifletici sebeplerle yetinir. Böyle bir yetkisi yoksa zahmete gerek kalmadan hukuku uygular geçer⁴⁹.

Hukuk Devleti “bilinçli olarak, Hukukun gerçekleştirilmesi amacıyla yönelik olarak kurulmuş ve örgütlenmiş olan Devlet” olarak tanımlayanlar vardır. Bu sadece şekli bir tanım olabilir. Zira, Devlet gücü Hukuka ve Kanuna bağlanmış ise devletin tasarrufları bağımsız mahkemelerce gözden geçirilebiliyorsa, kanun yollarına gitme imkânı varsa, bütün bunlar şekli bakımından Hukuk Devletinin varlığını gösterir. Oysa, Hukuk Devleti gerçekte maddî açıdan kamu gücünün “adalet” icra ve gerçekleştirme yükümü altında olduğu Devlettir. Bir başka biçimi ile Hukuk Devleti “Kamu gücünün pozitif Hukuk Kuralları ile bağlı olduğu devlet” şeklinde tanımlanmaktadır. Oysa, Devlet gücünü fiilen elinde tutan ve kullanan baskı grubunun iradesi “değişmez ahlâkî değerler” temeline dayanmıyorsa, o kamu gücünün hukuk kuralları ile gerçekten bağlı olduğu söylenemez. Pozitif Hukukun kaydlatığı irade yine Pozitif Hukuku koyan ve açıklayan irade ise, buradaki bağımlılık bir görünüşten ibarettir. Şu halde, kaydlatılan pozitif Hukukun temel ilkeleri, gerçek ve değişmez ahlâkî değer ilkeleri olmalıdır ki, gerçekten Hukuka bağlılıktan söz edilebilsin⁵⁰.

Bir baskı grubu veya uzlaşmaya varmış olan baskı grupları oligarşisi darbe yapma gücünü ellerinde tutuyorlarsa, toplumun çoğunluğu bu gibi darbelere tepki göstermeyecek kadar bilinçsiz ise, bu durumda bir süre sonra hukuka bağlılık devlet, tüm pozitif düzenlemeleri ile bile yürürlükten kaldırılabilir. “Almanya’da darbe olmaz, çünkü kanunen yasaktır” deniliyordu. Demokratik yöntemlerle iktidarı eline geçiren Hitler örneği ortadadır. Bugün Alman halkına direnme hakkı tanındı. “Başka bir çare kalmazsa, Anayasal düzeni ortadan kaldırmaya çalışan herkese karşı bütün Almanların karşı koyma hakları vardır”. Demek ki “değişmez ilkeleri değiştirmek isteyenlere karşı direnme” fikri yeni değildir. Nitekim, 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Başlangıç Bölümünde “İnsanın zulüm ve baskıya karşı son çare olarak ayaklanmak zorunda kalmaması için insan haklarının bir hukuk düzeni ile korunmasının temel bir zorunluluk olması...” ifadesine yer vermiştir. Ancak bizde, darbeleri Millet’in çağıracağı Anayasalarının Dibacesinde yazıldığı için zaten Hukuk Devleti bakımından bir sorun yoktur!

Belirtelim ki, Hukuk Devleti anlayışında Talat Paşa’nın ifadesi ile “Yok Kanun yap Kanun” zihniyeti yeterli değildir.

Netice itibarıyla, nasıl ki, mesleğin giysisini giymekle kişi o mesleğin ehli olmazsa, şekli anlamda Hukuk Devletinin özelliklerinin bulunması, o Devleti Hukuk Devleti kılmaya yetmez. Şu halde bir Devlete, Hukuk Devleti niteliği tanıyabilmemiz için bunu bir değerler dizisine göre ölçmemiz gerekecektir. Anayasanın ve hukuk üstü normların önemi burada kendisini göstermektedir.

SONUÇ YERİNE

Açıklamalarımızdan anlaşıldığı üzere, “hukuk devleti” olduğunu iddia eden bir Devlet, Anayasasında özellikle “idarî işlem” niteliğindeki tasarrufları yargı denetimi dışında tutamaz. Bu bakımdan 1982 Anayasasında yer alan bu tür düzenlemelerin “hukuk devleti” ilkesi ile bağdaşması

mümkün değildir. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararlarının yargı dışı kalmasını (md. 159), Olağanüstü dönemlerde çıkarılan Kanun Hükmündeki Kararnameler aleyhine dava açılmamasını (md. 148); keza, “Askerî Şûra kararlarının yargı dışı tutulması” yönündeki Anayasa hükmünü (md. 125/2) ve aynı yönde düzenleme ihtiva eden 1602 sayılı Yüksek Askerî Şûra’nın Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanunun ilgili maddesini (md. 21) normal karşılamak zordur.

Yargı yolu Anayasa ile daha başta kapatılmış bulunan işlemler aleyhine, yukarıda açıkladığımız nedenlerle uluslararası belgelere dayanarak uluslararası yetkili makamlara götürülmesinin mümkün olacağı kanaatindeyiz. Doktrinde ağır basan görüş, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Divanının tutumu ile Anayasa Mahkemesi ve Danıştay’ın belirtmiş olduğumuz yaklaşımı, bizim bu kanaatimizi doğrular niteliktedir.

Elbette ki, bu konuda en köklü ve gerekli olan çözüm, Anayasamızda ve ilgili Kanunda bu hususta mevcut olan tüm düzenlemeleri ayıklamaktır. O halde, yine meseleyi halledecek olan mercii TBMM olacaktır.

¹ KUZU, B., *Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat*, İstanbul 1999, s. 153.

² Bkz. E. 1976/1, K. 1976/28, Kt. 25.5.1976, AMKD. Sy. 14, s. 189. Benzer bir karar için bkz., E. 1990/20, K. 1991/17, Kt. 21.6.1991, AMKD, sy. 28, c. I, s. 100.

³ Bkz. E. 1985/31, K. 1986/12, Kt. 27.3.1986, AMKD, sy. 27, s. 120. Benzer kararları için bkz. E., 1988/36, K. 1989/24, Kt. 2.5.1989, AMKD, sy. 25, s. 262; E. 1989/11, K. 1989/48, Kt. 12.12.1989, AMKD., sy. 25, s. 433 vd.

⁴ Bkz. E. 1991/7, K. 1991/43, Kt. 12.11.1991, AMKD., sy. 27, c. 2, s. 652.

⁵ ÖZBUDUN, E., *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara 2000, s. 113-114.

⁶ Bkz. ÖZBUDUN, E., *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara 1998, s. 89; GÖZLER, K., *Türk Anayasa Hukuk Dersleri*, Bursa 2000, s. 150; GÖZÜBÜYÜK, A.Ş., *Anayasa Hukuku*, 6. Baskı, Ankara 1997, s. 151

⁷ GÖZLER, K., a.e., s. 150; GÜNDAY, M., *İdare Hukuku*, Ankara 1997, s. 24.

⁸ GÖZLER, K., a.e., s. 156-161; GÜNDAY, M., a.e., s. 24 vd., 25.

⁹ İbid., s. 114-115.

¹⁰ İbid., s. 114.

¹¹ Bkz. E. 1966/11, K. 1966/44, Kt. 29.11.1966, AMKD, Sy. 5, s. 13, E. 1963/124, K. 1963/243, Kt. 11.10.1963, AMKD. Sy. 1, s. 348.

¹² E. 320, K. 50/128, Kt. 30.3.1950, DDK, sy. 50-53, s. 112.

¹³ ERDOĞAN, M., *Anayasal Demokrasi*, Ankara 1999, s. 86.

¹⁴ İbid., s. 88-980; ATAR, Y., *Türk Anayasa Hukuku*, Konya 2000, s. 72-75; MEMİŞ, E., *Anayasa Hukuku Notları*, İstanbul 1998, s. 148-161.

¹⁵ YAYLA, Y., *Anayasa Hukuku Ders Notları*, İstanbul 1986, s. 90.

¹⁶ GÖZÜBÜYÜK, A.Ş., *Yönetim Hukuku*, Ankara 1988, s. 235.

¹⁷ GİRİTLİ, İ., *Hükümet Tasarrufları*, İstanbul 1958.

¹⁸ ALDIKAÇTI, O., *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, İstanbul 1982, s. 345.

¹⁹ Bkz. E. 1962/262, K. 1963/21, Kt. 30.1.1963, AMKD. Sy. 1, s. 86.

²⁰ GÖZÜBÜYÜK, a.e., s. 151.

²¹ İbid.

²² ÖZBUDUN, a.e., s. 116, 311-316. Ayrıca Bkz. KUZU, B., “Parlamentar Rejimde Devlet Başkanının Konumu ve 1961-1982 Anayasalarında Durum”, İHFM, Sy. 1-4, İstanbul 1991, s. 76-77.

²³ Bkz. E. 1920/25, K. 1991/1, Kt. 10.1.1991, RG. 5.3.1992-21162, E. 1991/6, K. 1991/20, Kt. 3.7.1991, RG. 8.3.1992-21165.

²⁴ Bkz. KUZU, B., *Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi*, İstanbul 1993.

²⁵ Bkz. E. 1969/24, K. 1969/50, Kt. 30.9.1969, AMKD. Sy. 7, s. 408, E. 1971/41, K. 1971/67, Kt. 17-19.8.1971, AMKD. Sy. 11, s. 67, E. 1981/8, K. 1982/3, Kt. 6.5.1982, RG. 30.11.1983-18237. Ayrıca Bkz. AMKD., Sy. 20, s. 8.

²⁶ Bkz. E. 1984/1, K. 1984/1, Kt. 28.9.1984, RG. 14.2.1985-18666, s. 39.

²⁷ Bkz. E. 1981/8, K. 1982/3, Kt. 6.5.1982, AMKD. Sy. 20, s. 14.

²⁸ Rapor için bkz. *Yeni Gündem*, 16 Eylül 1985, sy. 30, Ek. 9.

²⁹ ÖZBUDUN, E., a.e, s. 59, 351, SOYSAL, M., *100 Soruda Anayasanın Anlamı, 1982 Anayasasına Bilimsel Yaklaşım*, İstanbul 1986, s. 395, TANÖR, B., *İki Anayasa, 1961-1982*, İstanbul 1986, s. 113. Ayrıca, TBB Başkanı T. Evren, İstanbul Barosu Başkanı S.S. Tekinay da aynı görüştedir. Bkz. *Milliyet*, 29.11.1985, *Cumhuriyet*, 12.12.1985.

³⁰ Bkz. E. 1985/19, K. 1985/21, Kt. 18.11.1985, AMKD. sy. 21, s. 235.

³¹ SOYSAL, M., a.e., s. 395.

³² ÖZBUDUN, E., a.e., s. 59.

^{32a} Bkz. RG. 17.16.2001-24556 (Mükerrer)

-
- ³³ Bkz. RG. 21.4.1987-19438.
- ³⁴ Bkz. RG. 27.9.1989-20384, RG. 26.12.1989-20384.
- ³⁵ Bkz. RG. 8.12.1990-20719.
- ³⁶ Bkz. DD. 5, E. 1986/1723, K. 1991/933, Kt. 22.5.1991, İstanbul Barosu Dergisi, c. 65, sy. 7, 8, 9, s. 772-773.
- ³⁷ Bkz. E. 1963/336, K. 1967/29, Kt. 26-27.9.1967, AMKD. sy. 6, s. 18.
- ³⁸ Bu konuda bkz. YÜZBAŞIOĞLU, N., *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku* İstanbul 1993, s. 337; BATUM, S., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri*, İstanbul 1993, s. 273.
- ³⁹ Bu konuda bkz. GÖZÜBÜYÜK, A.Ş.-TAN Turgut, *İdare Hukuku, Genel Esaslar*, c. I, Ankara 1998, s. 747-750; OYTAN, M., “Ombudsman Eli ile İdarelerin Denetimi Konusunda Kıyaslamalı Bir İnceleme”, *Danıştay Dergisi*, sy. 18-19, 1977, s. 198 vd.; ALTU, Y., “Vatandaş İdarenin Yetki Tecavüzlerine Karşı Koruyan Ombudsman Müessesesi”, *Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı*, Ankara 1968, s. 159 vd.; PUGET, H.M., “Le Contrôle de l’Administration; Les Systèmes classiques, l’Ombudsman et La prokuratura”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, No: 1, 1965, s. 5 vd.; PİCKL, V., “Ombudsman ve Yönetimde Reform”, Ankara 1986, s. 19; ASLAN, S., İngiltere’de Ombudsman, *Amme İdaresi Dergisi*, Ankara 1986, c. 19, s. 1; KAYA, A., *Devlet Denetleme Kurulu*, (Basılmamış Doktora Tezi 1996).
- ⁴⁰ Bkz. AKDEŞ, N. K., İsveç Kralı Şarl XII’nin Türkiye’de Kalışı ve Bu Sırada Osmanlı İmparatorluğu, Ankara 1943, s. 268; REFİK, A., Memalik-i Osmaniye’de Demirbaş Şarl, *Reşit Tarihi*, III, İstanbul 1332, s. 26.
- ⁴¹ ALTUĞ, ., “Avrupa Ülkelerindeki i Ombudsmanlık Müessesesi”, *Türkiye Gazetesi*, 26.12.1990.
- ⁴² Bkz. PİCKL, V., “Ombudsman ve Yönetimde Reform”, *Amme İdaresi Dergisi*, c.19, Ankara 1986, s. 4, 37, 38.
- ⁴³ Bkz. DYP’nin Önerisi, “İşleyen Rejim İşleyen Devlet”, Ankara 1990, s. 170.
- ⁴⁴ Bkz. *Ombudsman (Kamu Hakemi) Kurumu İncelemesi*, TÜSİAD Yayını, 1997, s. 29.
- ⁴⁵ EROĞLU, H., *İdare Hukuku*, Ankara 1984, s. 334.
- ⁴⁶ Bkz. HATEMİ, H., *Hukuk Devleti Öğretisi*, İstanbul 1989.
- ⁴⁷ İbid.
- ⁴⁸ İbid.
- ⁴⁹ İbid.
- ⁵⁰ İbid.