



ÇOĞULCU DEMOKRATİK HUKUK DEVLETİ İÇİN KUVVETLER AYRILIĞI

(Yüksek Lisans Tezi)

Salim BALIK

Kütahya - 2016

T.C.
DUMLUPINAR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Kamu Yönetimi Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

**ÇOĞULCU DEMOKRATİK HUKUK
DEVLETİ İÇİN KUVVETLER
AYRILIĞI**

Danışman:
Yrd. Doç. Dr. Aydın İPEK

Hazırlayan:
Salim BALIK

Kütahya - 2016

Kabul ve Onay

Salim BALIK'ın hazırladığı “Çoğulcu Demokratik Hukuk Devleti İçin Kuvvetler Ayrılığı” başlıklı Yüksek Lisans tez çalışması, jüri tarafından lisansüstü yönetmeliğinin ilgili maddelerine göre değerlendirilip oybirliği / oyçokluğu ile kabul edilmiştir.

.../.../2016

Tez Jürisi	İmza	
	Kabul	Red
Doç.Dr. Hayrettin ÖZLER		
Yrd. Doç. Dr. Aydın İPEK (Danışman)		
Yrd. Doç. Dr. Selami ERDOĞAN		

Doç. Dr. Niyazi KURNAZ

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Yemin Metni

Yüksek lisans tezi olarak sunduğum “Çoğulcu Demokratik Hukuk Devleti İçin Kuvvetler Ayrılığı” adlı çalışmamın, tarafımdan bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım kaynakların kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

..../...../2016

Salim BALIK



Özgeçmiş

Kastamonu ili, Pınarbaşı ilçesi nüfusuna kayıtlı olan Salim Balık, 10.08.1978 tarihinde Edirne'nin Uzunköprü ilçesinde doğdu. İlk, orta ve lise öğrenimini Uzunköprü ilçesinde tamamladı.

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde lisans eğitimini aldı ve fakülteden 2005 yılında mezun oldu. 2009 yılında Adli Yargı Hakim ve Savcı Adayı olarak mesleğine başladı. Adaylık sürecini Ankara'da geçirdikten sonra 2011-2013 yıllarında Van'ın Muradiye ilçesinde hakim olarak görev yaptı. 2013 yılında halen görev yapmakta olduğu Sakarya'nın Akyazı ilçesine tayin oldu. Evli ve iki çocuk babasıdır.



ÖZET

ÇOĞULCU DEMOKRATİK HUKUK DEVLETİ İÇİN KUVVETLER AYRILIĞI

BALIK, Salim

Yüksek Lisans Tezi, Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı

Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Aydın İPEK

Nisan, 2016, 117 Sayfa

Tezimizde çoğulcu demokrasi ilkesi hedef olarak belirlenmiştir. Çoğulcu demokrasi hedefine giden yolda kuvvetler ayrılığı ilkesi işaret fişegi gibi yolumuzu aydınlatırken, hukuk devleti de bize bu hedefin gerçekleşmesinde uygun zemini hazırlamaktadır. Tezimizin ilk bölümünde iktidar, devlet ve hukuk kavramlarının sağlam bir zeminde nasıl hukuk devleti sistemini meydana getireceğini, ikinci bölümde tezimizin hedefi niteliğindeki çoğulcu demokrasinin temellerinin ve gereklerinin neler olduğunu, üçüncü bölümde ise yolumuzu aydınlatan kuvvetler ayrılığı sisteminin nasıl şekillendirilebileceğini ve önemini ortaya koymaya çalıştık. Çalışmamız boyunca iktidar, temel hak ve özgürlüklerin yaşanması ve korunması temelinde iktidarın sınırlandırılması ve meşruiyeti, yargının konumu, hukuk, adalet, ayrımcılık yasağı, eşitlik ve özgürlük ilkeleri öne çıkan unsurlar oldu.

Tezimizde üzerinde durduğumuz ve açıklamaya çalıştığımız ilkeler sayesinde toplumu oluşturan her bir bireyin aidiyet duygusunun gerçekleşeceğine inanıyoruz. Bununla birlikte nihai amaç olan, maksimum düzeyde, insanların mutluluğunun gerçekleşmesi ve kamu yararının sağlanması idealinin de tezimizde üzerinde durduğumuz ilkeler sayesinde gerçekleşebileceğini düşünüyoruz.

Anahtar Kelimeler: Çoğulcu Demokrasi, Kuvvetler Ayrılığı, Hukuk Devleti

ABSTRACT

SEPERATION OF POWERS FOR PLURALIST DEMOCRATICAL STATE OF LAW

BALIK, Salim

Master Thesis, Department of Public

Administration Thesis Advisory: Assistant Prof. Dr.

Aydın IPEK April, 2016, 117 pages

The principal of pluralist democracy is set as the target of our thesis. When separation of powers, like a signal light, enlightens our way that leads to the target of pluralist democracy, state of law as well paves the way for achieving this goal. In the first section of our thesis, we tried to set forth how the concepts of power, state and law shall achieve the state of law in a sound base; in the second section, what are the foundations and requirements of pluralist democracy which is the target of our thesis; and in the third section, how the principle of separation of powers, which lights our way, can be shaped and how its significance can be asserted. In the course of our study, the power, restriction and legitimacy of the power on the basis of ensuring and preserving fundamental rights and freedoms, status of the jurisdiction, law, equity, justice, prohibition of discrimination, equality and principals of freedom have been prominent issues.

By the virtue of the principles that we put emphasis on and tried to explain, we believe that the sense of belonging, for each of the individual who constitutes the society, will come to fruition. In the meantime, we think that the ideal for realization of the happiness of the people at maximum level, and ensuring the public welfare, shall be accomplished by means of the principles which we emphasized in our thesis.

Keywords: Pluralist democracy, seperation of powers, state of law

İÇİNDEKİLER

Sayfa

ÖZET.....	v
ABSTRACT.....	vi
İÇİNDEKİLER.....	vii
KISALTMALAR LİSTESİ.....	ix
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İKTİDAR - DEVLET - HUKUK DEVLETİ

1.1. İKTİDAR.....	5
1.1.1. Siyasal İktidar.....	8
1.1.2. Diğer İktidar Tipleri.....	9
1.2. SİYASAL İKTİDARIN FARKLI GÖRÜNÜMLERİ.....	10
1.2.1. Yasama İktidarı.....	10
1.2.2. Yürütme İktidarı.....	11
1.2.3. Yargı İktidarı.....	12
1.3. DEVLET.....	13
1.3.1. Devletin Unsurları.....	16
1.3.1.1. Ülke Unsuru.....	16
1.3.1.2. Toplum Unsuru.....	16
1.3.1.3. Egemenlik Unsuru.....	18
1.4. HUKUK DEVLETİ.....	27
1.4.1. Hukuk ve Adalet Kavramları.....	27
1.4.2. Hukuk Devleti Kavramı.....	29
1.4.3. Hukuk Devletinin Unsurları.....	34
1.4.3.1. Yürütmenin Yargısal Denetimi.....	34
1.4.3.2. Yasamanın Yargısal Denetimi.....	38
1.4.3.3. Temel Hak ve Özgürlüklerin Güvence Altına Alınması.....	42
1.4.3.4. Yargının Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı.....	44
1.4.3.4.1. Genel Olarak Yargının Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı	44
1.4.3.4.2. Yargının Bağımsızlığı.....	45
1.4.3.4.3. Yargının Tarafsızlığı.....	51
1.4.3.4.4. Savcıların Durumu.....	54
1.4.3.5. Kuvvetler Ayrılığı.....	55

İKİNCİ BÖLÜM ÇOĞULCU DEMOKRASİ

2.1. DEMOKRASİ.....	57
2.2. ÖZGÜRLÜK VE DÜŞÜNCE – İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ.....	61
2.3. EŞİTLİK.....	64
2.4. ÇOĞULCU DEMOKRASİ.....	66
2.5. ÇOĞULCU DEMOKRASİ – ÇOĞUNLUKÇU DEMOKRASİ.....	70

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM KUVVETLER AYRILIĞI

3.1. KUVVETLER AYRILIĞI KAVRAMI VE GELİŞİM SÜRECİ.....	75
3.2. ANAYASACILIK VE KUVVETLER AYRILIĞI.....	81
3.3. KUVVETLER AYRILIĞINA DAYALI YÖNETİM SİSTEMLERİ.....	86
3.3.1. Başkanlık Sistemi veya Sert Kuvvetler Ayrılığı Sistemi.....	86
3.3.2. Parlamenter Sistem veya Yumuşak Kuvvetler Ayrılığı Sistemi.....	89
3.3.3. Yarı Başkanlık Sistemi veya Karma Sistem.....	91
3.4. YARGININ KONUMU.....	93
3.5. TÜRKİYE'DEKİ SİSTEM SORUNU VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ.....	95
SONUÇ.....	99
KAYNAKÇA.....	101
DİZİN.....	108

KISALTMALAR LİSTESİ

ABD	Amerika Birleşik Devletleri
age.	Adı geçen eser
agm	Adı geçen makale
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHF	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AY	Anayasa
AYM	Anayasa Mahkemesi
CMK	Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	Çeviren
Ed.	Editör
HSK	Hakimler Savcılar Kanunu
HSYK	Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu
s.	Sayfa
SBF	Siyasal Bilgiler Fakültesi
ss.	Sayfa sırası
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TC	Türkiye Cumhuriyeti
vd.	Ve devamı
YAŞ	Yüksek Askeri Şura



TEZ METNİ

GİRİŞ

Aidiyet duygusu ve toplumda hayat süren herkesin kendisini toplumun bir parçası olarak görmesi toplumun gelişimi adına vazgeçilmez niteliktedir. Günümüz toplumları açısından, aidiyet duygusunun gerçekleşmesi ise ancak çoğulcu demokratik bir hukuk düzeninde mümkün olabilmektedir. Çoğulcu demokratik anlayış, özü itibariyle, her türlü ayrımcılıktan uzak olmayı, başkalarının fikirlerine saygı duymayı, herkesin kendisini ifade edebilmesini ve bu şekilde toplumda oluşacak çok seslilikten bir armoni meydana getirmeyi gerekli kılar. Toplumdaki her bir bireyin kendisini ifade etmesi ve gerçekleştirmesi sayesinde ancak, ülkenin, toplumun, devletin ve genel anlamda kamunun farklı birçok alanda kazanımlar elde etmesi beklenebilir.

Burada hukuktan beklenen ve devletin hukuk devleti olması ile amaçlanan ise, elde edilecek bu kazanımların, bireyler, toplum ve devlet adına kayba dönüşmesini önleme mahiyeti taşımaktadır. Devletin hukuk devleti olması da ancak, kuvvetler ayrılığı anlayışının egemen olması ile mümkün olmaktadır.

Kuvvetler ayrımı ilkesi, kurduğu sistemle, iktidarın sınırlandırılmasını sağlamak suretiyle temel hak ve özgürlükleri güvence altına almakta ve aynı zamanda yargının ayrı bir erk olarak varlığı sayesinde herkes gibi iktidarı da hukuka bağlı olmaya zorlayarak hukuk devletini temin etmektedir. Bu sebeple hukuk devleti için, çoğulcu demokrasi için ve nihayetinde insanların mutluluğu ile genel anlamda kamunun yararı için kuvvetler ayrılığı ilkesine ihtiyaç duyulmaktadır.

Bütün bu değerleri ortaya koyma sadedinde, tezimizin ilk bölümünde "İktidar-Devlet-Hukuk Devleti" başlığı altında iktidar olgusunu ele aldık. İktidarın farklı görünüşleri içinde her bir bireyin ve her bir tüzel kişiliğin kendince bir iktidar olgusuna sahip olduğu, ayrıca devlet kavramı ve devletin unsurları ile egemenlik unsurunun nasıl şekillendirilmesi gerektiği konusu bu bölümde yer verdiğimiz hususlar oldu. Birinci bölümdeki hedefimiz olan hukuk devletinin sağlam bir zeminde nasıl şekillendirilebileceği sorununa ışık tutmaya çalıştık. Bununla birlikte iktidar, farklı iktidar tipleri, siyasal iktidar, devlet, egemenlik kavramlarının doğru anlamlandırılıp, doğru konumlandırılması gereği ortaya çıkmış oldu.

Ayrıca hukuk ve adalet kavramları, doğal hukuk düşüncesinin canlılığı ile pozitivist yaklaşımın kanun devletini yücelten olumsuz sonuçları üzerinde durduk. Bu

şekilde hukukun doğru anlaşılmasının gereğini ve hukuk devletinin önemini ve vazgeçilmezliğini izaha çalıştık. Hukuk ve adalet ilkelerinin gereği olarak ortaya çıkan hukuk devleti kuramının hangi unsurlara sahip olduğu bu bölümde ele aldığımız bir diğer konu oldu. Buna göre yürütmenin ve yasamanın yargısal denetimi, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması, yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı ile kuvvetler ayrılığı ilkelerini hukuk devletinin temel unsurları olarak ifade ettik.

Tezimizin ikinci bölümünde, aynı zamanda hedefimiz niteliğindeki çoğulcu demokrasinin gereklerini, canlılığı olan bir kavram olduğunu, demokrasi kavramının çıkış noktası ve gelişimini, bununla birlikte demokrasinin yaşamsal olmasının önemi ile çağımızda ulaşılan çoğulcu demokrasi anlayışının farklı yönlerini ele aldık. Çağımızda ulaşılan çoğulcu demokrasi anlayışının özellikle eşitlik, ayrımcılık yasağı, bilgi edinme hakkı, düşünce ve ifade özgürlüğü kavramlarından ayrı düşünülemeyeceğini ortaya koyarak, bütün bu kavramlara "Çoğulcu Demokrasi" bölümünde yer verdik.

Bununla birlikte çoğunlukçu demokrasi kavramına ve olumsuz sonuçlarına bu bölümde değinerek, çoğulcu demokrasinin ne denli önemli olduğunu izaha çalıştık. Bu bölümde, satır aralarında çoğulcu demokrasinin ülke adına sosyal, kültürel, ekonomik ve daha birçok açıdan farklı kazanımlarına, özgürlük ile güvenlik kavramlarının birbiri ile zıt kavramlar olmadığı gibi aralarında doğru orantı olduğuna, itiraz ve eleştirinin önemine yer verdik.

"Kuvvetler Ayrılığı" başlığını taşıyan tezimizin üçüncü bölümünde ise aynı zamanda hukuk devletinin kurucu - öncül unsuru olarak gördüğümüz kuvvetler ayrılığı ilkesini tezimiz sorununun ve hedef ilkelerinin gerçekleşmesinde temel sistem olarak ele aldık. Öncelikle kuvvetler ayrılığını kavram olarak izah edip, gelişim sürecini ortaya koyduk. Burada anayasacılık anlayışının ve anayasal devlet olgusunun kuvvetler ayrılığı kavramı ile örtüştüğü gerçeğinden hareketle anayasal devlet ve anayasacılık ilkelerine yer verdik. Anayasasında kuvvetler ayrılığı ilkesi olmayan devletin, anayasal devlet olamayacağı, böyle bir devletin ancak anayasalı devlet olarak nitelendirilebileceği gerçeği üzerinde durduk. Bununla birlikte yargının konumunu ve kuvvetler ayrılığı sisteminde ayrı ve nirengi bir noktada durduğunu vurguladık.

Bu bölümde ele aldığımız bir başka konu, kuvvetler ayrılığına dayalı yönetim sistemleri olan başkanlık sistemi, parlamenter sistem ve yarı başkanlık sistemi oldu. Burada bütün bu sistemlerin kuramsal olarak karşılığını, uygulanış şekillerini ve artı, eksi yönlerini ortaya koyduk. Ülkemizdeki sistem sorunu ve çözüm önerilerini içeren unsurlarla tezimiz şekillenmiş oldu.

Tezimiz boyunca izaha çalıştığımız iktidar, devlet, hukuk, adalet, demokrasi, çoğulculuk, özgürlük ve eşitlik gibi referans aldığımız kavramlar doğru anlaşılırsa ve doğru tanımlanıp yaşamla bağlantıları doğru kurulursa tezimizin hedefinin gerçekleşmesi mümkün olacaktır. Bu menfezden bakılarak, kavramların yerli yerine koyulması ve bu yönde ilkeli adımların atılması halinde çoğulcu demokratik hukuk devleti ideali gerçekleşme imkanı bulabilecektir.



BİRİNCİ BÖLÜM

İKTİDAR - DEVLET - HUKUK DEVLETİ

1.1. İKTİDAR

İktidar kavramı, kanaatimizce yanlış olarak, çoğu zaman güç kavramı ile karıştırılır ve bu kavramlar birbirleriyle özdeş olarak algılanır. Güç kelime anlamı olarak fiziksel, düşünsel ve ahlaki bir etki yapabilme, etkiye direnebilme yeteneği, bir şeyin yapılmasını baskı yoluyla sağlayan etkinlik ya da eylemde bulunma yetisi, hakkı gibi tanımlarla tanımlanmıştır.¹ İnsan, hayatının her döneminde bir güç ve iktidar kurma yarışının içerisinde olduğu gibi; iktidar kurma çabası ve iktidar olgusu da, toplumun her kesiminde, devlet vatandaş arasında, baba ile çocuklar arasında, çete reisi ile çete üyeleri arasında ve hiyerarşik yapılanmanın olduğu bütün oluşumlarda görülür.²

İktidar kavramını sadece güç kavramının içine hapsedip, sadece güç kavramıyla algılamak doğru bir analiz değildir. Aşağıda açıklanacağı üzere iktidar kavramının güç kavramını aşan ve farklı ilişki türlerini içinde barındıran yönleri vardır. Mesela, iktidar olmanın yolunun her ne kadar güçten geçtiği düşünülse de akıl, zeka, rıza gibi unsurlar kullanılarak da farklı yöntemlerle iktidar elde edilebilir.³ Ancak kabul edilmeli ki nihayetinde iktidar olma, sadece güçten ibaret olmasa da, gücü de beraberinde getiren bir kazanımdır. Zira iktidar, muktedir olma olarak da tanımlanmaktadır.

İktidarın başkalarının davranışlarını etkileyebilme, kontrol edebilme olanağı olarak yapılan tanımları kuşatıcı bir tanım olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴ İktidar kavramını Heywood, geniş anlamda arzulanan bir sonuca ulaşma gücü olarak tanımlamıştır.⁵ Bu açıdan kişinin kendisini gerçekleştirme amacıyla gösterdiği çabaların bütününe iktidar kurma çabası denilebilir. Bununla birlikte iktidar kavramı bu tanımlardan farklı tanımlarla da ifade edilmiştir. Mesela daha dar anlamıyla Heywood bir başka tanımda iktidarı, cezalandırabilme veya mükafatlandırabilme gücü olarak tanımlamıştır.⁶ İktidar, sadece nesnel bir anlamı değil, aynı zamanda bir çeşit insan ilişkisi anlamını da

¹ Gamze Bağbaşı, (2010), "Güç" ve "Egemenlik" Kavramları Bağlamında Antonio Gramsci ve Edward Said'in Görüşlerinin Değerlendirilmesi, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara: ss. 13-14.

² Münci Kapani, (2015), *Politika Bilimine Giriş*, 39. Baskı, BB101 Yayınları, Ankara: s. 56.

³ Gülşen Kaçar Kızıler, (2010), *Hukuk Devleti Anlayışında Yargı Erkinin Olan ve Olması Gereken Durumu*, Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri: s. 4.

⁴ Kapani, a.g.e., s. 55.

⁵ Hakan Koçdemir, (2010), *Thomas Hobbes'da İktidar ve Adalet Kavramları*, Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır: s. 18.

⁶ Koçdemir, a.g.e., s. 18.

taşımaktadır. Buna göre iktidar, gerçekte özgürce birbirleriyle işbirliği yapabilen insanlar arasında bir ilişki kurma gereğidir ve bu açıdan iktidarı meydana getiren insanların amaçlarını, hedeflerini dikkate almadan iktidarı araştırmak olanaksızdır.⁷

Mevki ve makamın getirdiği iktidar olarak bilinen "itaate zorlama gücü" gerçeğinden hareketle birçok hukukçu ve siyaset bilimci iktidarı esasta "emretme iktidarı" olarak düşünme eğilimine girmiş ve bu durum iktidar kavramının etik ve ahlaki düşünceden uzak anlaşılması sonucunu doğurmuştur.⁸ Halbuki iktidarın zor kullanma gücünü elinde bulundurması, bu gücün iktidar tarafından sınırsız bir şekilde kullanılabileceği veya kötüye kullanılabileceği şeklinde algılanmamalıdır.

Bu açıdan iktidarın gereği olarak görülen "itaat ve boyun eğme" de ancak evrensel hukuk kuralları çerçevesinde mümkündür ve belli sınırlar dahilinde iktidar tarafından beklenebilir. Yani iktidar, üzerinde mündemiç olan zor kullanma hakkını ancak hukuk kuralları dışına çıkıldığında ortaya koyabilir ve vatandaşların itaat ve boyun eğmesi de ancak hukuk dışına çıkmamak şeklinde tezahür eder.

Vatandaşların hukuk içerisinde iktidara karşı gelmesinin, iktidarın yanlış olduğunu düşündüğü icraatlarını eleştirmesinin veya iktidar politikalarına itiraz etmesinin önünde hiçbir engel yoktur. Hatta iktidarın bizzat kendisi hukuk içindeki itiraz ve eleştirileri teşvik eder konumda olmalıdır. Bu durum etik ve ahlaki değerlere sahip olan bir iktidar yapısının gereği olduğu gibi, aynı zamanda ülke ve toplumun gelişime açık olması ile her açıdan istenilen seviyeye ulaşması için vazgeçilmezdir. Çok basit anlatımla ifade edecek olursak, eleştiri ve itiraz olmadan hata ve yanlışların görülmesi ve bunların düzeltilmesi mümkün görülmemektedir.

İtiraz ve eleştirinin mümkün olmadığı bir anlayış, iktidar sahiplerinin, olumlu olumsuz bütün icraatları karşısında kutsanması sonucunu doğurur ki bu ancak "mutlak iktidar" olarak tanımlanabilir. Tabii mutlak iktidar, insanlığın gelişim düzeyi ve medeniyet seviyesi itibarıyla kabul edilebilecek bir şey olmadığı gibi, tarihsel süreçte birçok acıya ve yıkıma sebep olmuş bir iktidar türüdür. Mutlak iktidarın insanları

⁷ Carl. J. Friedrich, (1999), *Sınırlı Devlet*, Mehmet T.(Çev), 1. Baskı, Gündoğan Yayınları, Ankara: s. 31

⁸ Friedrich, a.g.e., s. 33.

mutlak olarak yozlaştırdığını söyleyen Lord Acton "mevkiin ona sahip olanı takdis etmesinden daha kötü hiçbir sapkınlık yoktur."⁹ demektedir.

Ayrıca iktidarın meşru iktidar olması için de halkın rıza ve muvafakatinin alınmış olması gerekir. Halkın muvafakatinin olması ve bu muvafakatin devam edip etmediğinin anlaşılması ancak "seçim" denilen siyasi ve hukuki yöntemle anlaşılabilir. ¹⁰ Bunun yanında çoğulcu demokratik anlayış açısından muvafakat, yalnız seçimin varlığı ile ve sadece belli bir kesimin oyunun alınması ile sınırlı düşünülmemelidir. Buna göre seçimle iş başına gelen iktidar kendisine oy verenler dışında kalan kesimi göz ardı edemez. Hükümet etme eyleminden maksat da toplumun bütün kesimlerinin hukuk içindeki talep ve ihtiyaçlarını eşitlik ilkesine uygun olarak yerine getirme çabasıdır. Bu sebeple de, seçim iktidara "şekli" bir meşruiyet kazandırmaktadır. İktidarın asıl ve esasa yönelik de meşruiyet kazanması için hükümet etme eylemini en etkili ve başarılı bir şekilde toplumun bütün kesimlerine sunması gerekmektedir.

İktidar kavramının, aşağıda irdedeceğimiz üzere farklı tipleri ve farklı görünüşleri mevcut olsa da, konumuz açısından kastettiğimiz iktidar "siyasal iktidar" veya siyasal iktidarı birincil ve fiili olarak elinde bulunduran "yürütme iktidarı"dır. Zaten iktidar denilince akla gelen de siyasal iktidardır. ¹¹ Bu konuya geçmeden önce, konumuz açısından, iktidar kavramını değerlendirecek olursak; iktidar, geniş anlamıyla hukuk devleti ve unsurlarını gerçekleştirmeye, çoğulcu demokrasinin gelişimine, vatandaşlar arasında eşitliğin ve özgürlüklerin temin edilmesine katkı sunabildiği oranda değer atfedilebilecek bir olgu olarak anlam ifade etmektedir. İktidar, tezimiz boyunca üzerinde durup irdelemeye çalışacağımız bütün bu hususların gerçekleştirilebilmesi için araç olarak kullanılmalıdır. Hukuk, çoğulcu demokrasi, özgürlükler ve eşitlik temelinde var olan ilkelerden uzak olan iktidar "kaba güç"ten başka bir kavramla açıklanamayacağı için bizim ilgi alanımız dışında kalmaktadır.

⁹ Friedrich, a.g.e., s. 33.

¹⁰ Tunçer Karamustafaoğlu, (1970), *Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri*, 1. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara: ss. XIII-XIV.

¹¹ Kapani, a.g.e., s. 57.

1.1.1. Siyasal İktidar

Siyasal iktidar, diğer iktidarların üstünde meşru ve egemen olan iktidardır. Meşru şiddet kullanma tekeli, siyasal iktidara ait olarak kabul edilmiştir.¹² Tabii bu meşruiyet "hukuk içerisinde geçerli" bir meşruiyet olarak algılanmalıdır. Dolayısıyla hukuk dışına çıkan iktidarın meşruiyeti geçerli bir meşruiyet olarak kabul edilemez. İlkel olarak hukuk devletin bütün unsurlarıyla kabul edildiği bir ülkede, hukuk dışına çıkan herkes gibi, hukuk dışına çıkan iktidar da müeyyideye maruz kalmak durumundadır. Bunun gerçekleşebilmesi de ancak kuvvetler ayrımı prensibine bağlılıkla ve özellikle yargının bir erk olarak kabulü ile mümkün olabilir.

Ancak konuyu sosyal gerçeklik olarak ele alacak olursak, siyasal iktidar büründüğü ve kabullendiği ideolojiye göre şekil almaktadır. Genel bir sınıflandırma yapılırsa siyasal iktidar otoriter ideolojilerden beslenirse otoriter siyasal iktidara, özgürlükçü ideolojilerden beslenirse özgürlükçü siyasal iktidara dönüşür.¹³ Otoriter siyasal iktidarda siyasal iktidarın tek kullanıcısı ve belirleyicisi devlettir. Özgürlükçü siyasal iktidarda ise belirleyici olan toplumsal ve bireysel kabuldür. Otoriter siyasal iktidarla özgürlükçü siyasal iktidar arasında itaat ve boyun eğmenin gerçekleştirilme yöntemi açısından farklılık göze çarpmaktadır.

Buna göre otoriter siyasal iktidarda itaat ve boyun eğmenin gerçekleşmesinde belirleyici olan zor kullanma ve sınırlama yöntemleridir. Oysa özgürlükçü siyasal iktidarda gönüllülük esası, itaat ve boyun eğmenin gerçekleşmesinde etkin rol oynamaktadır. Özgürlükçü siyasal iktidarda zor kullanma ve sınırlama yöntemleri ancak hukuk dışına çıkılmasının önüne geçmek amacıyla kullanılır. Burada gönüllülük esas olduğundan toplumun her bireyinin ve her kesiminin siyasal iktidarın şekillenmesinde katkısı olması ihtimal dahilindedir. Bu sebeple özgürlükçü siyasal iktidarda meşruluk için halkın çoğunluğunun oyu ve iradesi yeterli değildir. Bunun yanında günümüzde demokratik hukuk devletlerinde yaşandığı gibi insan haklarına saygı ve çoğulculuk anlayışının varlığı da gereklidir.

¹² Şeref İba, (2008), *Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar*, Gözden Geçirilmiş Güncelleştirilmiş 2. Baskı, A.Ü.H.F. Kütüphanesi, Ankara: s. 55.

¹³ Kaçar Kızılar, a.g.e., s. 13.

1.1.2. Diğer İktidar Tipleri

Bireyin ve toplumun bulunduğu her yerde farklı şekillerde ortaya çıkmış iktidar tiplerinden bahsedilebilir. İktidar denilince ilk akla gelenin siyasal iktidar olması, farklı iktidar tiplerinin varlığı gerçeğini değiştirmez. Ekonomik gücü elinde bulunduranlar ekonomik iktidar, televizyon veya gazete yolu ile toplumları yönlendirenler medya iktidarı, askeri gücü bir iktidar kuvvetine dönüştürenler askeri iktidar ya da dini açıdan insanlar üzerinde yönlendirme gücüne sahip olanlar ruhban iktidarı olarak nitelendirilebilirler.¹⁴ Daha geniş anlamıyla meseleyi ele alacak olursak, her bir bireyin ve her bir tüzel kişiliğin bir iktidara sahip olduğu bir gerçekliktir.

Oysa mutlak iktidarın var olduğu toplumlarda farklı iktidar tiplerinin yaşam alanının kısıtlanması ya da ortadan kalkması kaçınılmazdır. Bunun sebebi mutlak iktidarın var olduğu bir toplumda ekonomik, askeri, dini, siyasi güç odakları ile medyanın tamamen mutlak iktidarın güdümünde olmasıdır. Bu şekilde mutlak iktidar, bireyler de dahil olmak üzere toplumda var olan bütün iktidar unsurlarını tehdit eder bir konuma sahip olmaktadır.

Sonuç olarak çok sesliliği ortadan kaldıran tek düze bir yaşam biçimi ortaya çıkmaktadır. Aslına bakılırsa çoğulcu demokratik hukuk düzenine sahip bir toplumda da askeri gücün kendi görev tanımı dışına çıkmaması, din adamlarının insanların dini duygularını suistimal etmemesi, ekonomik gücü ya da medya gücünü elinde bulunduranların bunu kötüye kullanmamaları asıldır. Ancak çoğulcu demokratik hukuk düzeninde bu iktidarlar, tıpkı siyasal iktidarın sınırlandırıldığı gibi hukukla sınırlı iktidarlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Hukuk dışına çıkılmadığı sürece, farklı iktidar tiplerine, tıpkı bireylere tanındığı gibi kendisini ifade etme ve düşüncelerini gerçekleştirme olanağı tanınmıştır. Bu şekilde toplumun farklı renklerinin hukuk içinde yaşamını sürdürmesi ve kendini gerçekleştirerek topluma yarar sağlaması mümkün hale gelmiştir.

¹⁴ Kaçar Kızıler, a.g.e., s. 26.

1.2. SİYASAL İKTİDARIN FARKLI GÖRÜNÜMLERİ

Siyasal iktidar dendiğinde, her ne kadar akla ilk gelen yürütme iktidarı olsa da yasama meclisinin yargı ve yürütmenin üstünde belirleyici olduğu durumlarda yasama iktidarı, yargının yürütme ve yasamanın üstünde belirleyici olduğu durumda yargı iktidarı siyasal iktidar olarak karşımıza çıkmaktadır.

1.2.1. Yasama İktidarı

Yasama meclisinin temel görevleri yasa yapma, hükümeti denetleme ve devlet bütçesini kabul etmedir. Yasama meclisinin belirleyici olduğu ve yürütme ile yargının üstünde etkin olduğu durumda yasama iktidarı diğer iktidamların önüne geçmektedir. Yasama iktidarı meclis hükümeti sisteminde belirgin olarak kendisini gösterir. Meclis hükümeti sistemi yasama ve yürütme yetkisinin yasama erkinde toplandığı hükümet sistemi olarak tanımlanmıştır.¹⁵ Meclis hükümeti sisteminde meclis başkanı devlet başkanıdır, yasama erki hiç bir makam tarafından feshedilemez ve yürütme görevini üstlenen kurul meclis tarafından seçilir. Bu sistemde parlamentonun egemenliği ilkesine dayalı çoğunlukçu demokrasi anlayışı hakim anlayıştır. Burada demokrasiyi, çoğunluğun sınırsız yönetme hakkı olarak kabul etmemiz, çoğunluğun azınlık üzerinde sınırsız bir tahakküm kurması sonucunu doğurur ki bu durum demokrasinin ruhu ve yaşam biçimi olması açısından kabul edilebilir değildir. Bunun sebebi günümüzün çoğulcu demokrasi anlayışının sayı üstünlüğünü aşan bir anlayışı yansıtmıştır.¹⁶

Yasama iktidarının günümüzde etkin olduğu bir diğer sistem parlamenter sistemdir. Burada da çoğunluk iktidarının parlamentoda tek etmen halini alması ve çoğunlukçu bir yapıda şekillenmesi ile karşılaşilmektedir. Yasama ile yürütmenin birbirinin içine girmesi ile ülkemiz benzeri ülkelerde parlamenter sistem neredeyse meclis hükümeti sistemi halini almıştır. Daha açık bir dille ifade edecek olursak, aslında bir kuvvetler ayrılığı sistemi olan parlamenter sistem bu şekilde bir tür kuvvetler birliği

¹⁵ Zehra Odyakmaz vd., (2006), *Anayasa Hukuku İdare Hukuku*, 7. Baskı, İkinci Sayfa Yayınları, İstanbul: s. 257.

¹⁶ Mehmet Turhan, (1995), *Anayasacılık Açısından Çoğunluk İlkesi*, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 50., Sayı 1.: s.408, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/468/5422.pdf>, (01.02.2016)

sistemine dönüşmüştür. Ayrıca yasama meclisinin çıkardığı yasaların sadece belli bir prosedürün yerine getirilmesi ile belli kişilerin iradesine bağlı tutulması ve yasaların meydana getirilmesinde evrensel hukuk normlarının dikkate alınmaması parlamenter sistemin yaşandığı birçok ülkede yasa enflasyonuna sebep olmuş ve bu durum, parlamenter egemenlik ilkesine dayalı çoğunlukçu demokrasi modeli içinde, özgürlüklerin korunmasının mümkün olmasını kuşkulu hale getirmiştir.¹⁷

1.2.2. Yürütme İktidarı

Siyasal iktidarı kullanarak bütün kamusal gücü eline geçirme olanağına sahip olan yürütme iktidarındır. Yürütme iktidarının tekelleşmesi ve kötüye kullanılması sonucu baskıcı siyasi düzenlerin ortaya çıkması kaçınılmaz bir gerçektir.¹⁸ Yürütme iktidarında kuvvetler yürütmede birleşir. Kuvvetlerin yürütmede birleşmesi durumu ise, mutlak monarşinin ya da diktatörlüğün hüküm sürdüğü hükümet sistemlerinde görülmektedir.¹⁹ Yürütme iktidarının mutlak ve sınırlanamaz siyasi gücünün olması halinde, yürütme iktidarı diğer bütün iktidamların üzerinde etken durumda olacaktır.

Tarihi süreçte yürütme iktidarının sınırlandırılması için ayrı bir yasama iktidarı kurulmuş ve yasamanın yürütmeyi, koyduğu kurallarla ve denetim mekanizmaları ile denetleyeceği öngörülmüştür. Bu öngörü batılı birçok demokratik toplumda başarılı bir şekilde uygulanmış ve halen uygulanmaktadır. Ancak farklı siyasi zeminlerin olduğu ve demokrasi ile hukuk gelişimini tamamlamamış birçok ülkede yasama ve yargı erk olmaktan uzaklaşmış ve etkinliğini yitirmiş, Türkiye'de de açık bir şekilde ve bir çok örnekte görüldüğü gibi yasama ile yürütme birbirinin içine girmiş, yasama meclisi yürütme iktidarın güdümünde ve yürütme iktidarının üstünlüğü ve etkinliğinde çalışan bir meclis halini almıştır. Bu durum ise iktidarın tekelleşmesi sonucunu doğurmuştur.²⁰ İktidarın tekelleşmesi iktidarın karizmatik olarak adlandırılan ve halkın gözünde çoğu zaman kurtarıcıya dönüşen tek bir kişide veya partide somutlaşmasına yol açar.²¹ Bu

¹⁷ Elif Zeybek, (2014), Özgür Tam Demokratik Toplumda Çoğunluk, *HUKAB Dergisi*, Sayı: 10, Ankara: s. 54.

¹⁸ Mustafa Kutlu, (2001), *Kuvvetler Ayrılığı Temelleri Gelişimi Hukuk Devletin Kökenleri*, A.Ü.H.F. Kütüphanesi, Seçkin Yayınları, Ankara: s.140.

¹⁹ Odyakmaz vd., a.g.e., s. 256.

²⁰ Kutlu, a.g.e., s. 141.

²¹ Kutlu, a.g.e., s. 144.

durum ise kaçınılmaz bir şekilde halkın ve toplumun birçok kesiminin özgürlüklerinin elinden alınması sonucunu doğurur.

Yürütme iktidarı, sınırlanmazsa ve ilkelerden uzaklaşırsa, oligarşik bir yapının ülkede kararların alınmasında ve kaynakların kullanılmasında egemen konumda olması kaçınılmazdır. Hatta iktidar etrafında toplanan bu oligarşik yapının hukuktan da vareste bir konum ihraz etmesi tehlikesi ortaya çıkacaktır. Buna göre hukuk işler durumunda olmayacağından yolsuzluk ve usulsüzlükler kaçınılmaz olacak, eşitlik ilkesi, yani herkesin aynı kazanım imkanlarına sahip olması, uygulama alanı bulamayacaktır. Burada oluşan sistem bozukluğunun ortadan kaldırılmasının yolunu, hukukun işler hale getirilmesinde ve bunun için yargının bir erk ve denge - denetim mekanizması olarak kabul edilmesinde aramak gerekir.

1.2.3. Yargı İktidarı

Yürütme iktidarı karşısında bireyi ve toplumun farklı kesimlerini koruyan kuvvetler ayrımı ilkesi yasama ve yürütme kuvvetlerinin iç içe girmesi ile farklı birçok ülkede tehlike altına girmiş durumdadır. Bu sorunun çaresi gücünü hukuktan alan, tarafsız ve bağımsız yargı erkinin varlığıdır.

Yargının bir erk olarak varlığı, aslında modern toplum öncesi bir çok toplumda görüleceği üzere çok öncelere dayanır. Örneğin Osmanlı'da şeyhülislam makamı dini yönünün yanında yargıyı da temsil eden en üst makam olarak karşımıza çıkmakta, istişari de olsa etkisiyle bazı durumlarda padişahın iktidarını yönlendirebilecek güce sahip olmaktadır. Buna benzer şekilde eski batı toplumlarında ve eski islam toplumlarında yargının etkinliğine ilişkin örnekler verilebilir. Ancak modern toplumlarda yargı, kurumsallaşmış bir iktidar olarak karşımıza çıkmıştır.

Yargı iktidarında karşılaşılabilecek sorun, devletin hakimler devletine(Jüristokrasi) dönüşmesi ve yargı vesayetinin hakim olması riskinin var olmasıdır. Jüristokrasi, demokrasiye karşı hakimlerin oligarşik bir yapı oluşturması şeklinde tanımlanır ki, yakın tarihimizde örnekleri görülen bu durumda, yargı iktidarının siyasallaşması, ideolojisinin etkisiyle tarafsızlığını ve bağımsızlığını kaybederek yasama

ve yürütme iktidarını yönlendirmesi söz konusu olabilmektedir. Zira ülkemizde de bazı dönemlerde yasamanın keyfi yönetiminden kaçarken yargının (Anayasa Mahkemesi'nin) keyfi uygulamalarına maruz kaldığı bir gerçekliktir. Vesayetçi demokrasi kavramı ile ifade edilen ve yargısal, askeri, bürokratik yapılara hukuk dışı yetki ve ayrıcalıklar tanıyan²² anlayışın kabul edilebilir olarak görülmesi de mümkün değildir.

Hukuk devleti kuramı içerisinde keyfi uygulamalar hiçbir kuruma verilmiş bir hak olarak görülemez. Bu sebeple yasama ve yürütme organları ve kurumlarının hukuk dışına çıkan keyfi uygulamaları nasıl kabul edilemezse, aynı şekilde yargı organ ve kurumlarının da keyfi davranışlar içine girmeleri, hukuk dışında hareket etme ayrıcalığına sahip olmaları kabul edilemez. Yine hukuk devleti kuramı gereği bila istisna her bir birey ve her bir kurum, organ, iktidar hukukla sınırlı olmak durumundadır. Yargı erkine burada düşen rol ise hukukun işlerliğini ve evrensel hukuk dışına çıkılmamasını teminden öte bir rol değildir ve olmamalıdır.

1.3. DEVLET

Devlet, toplumun düzenlenmesinde ve yönlendirilmesinde aktif rol oynayan, hükümet, parlamento, yargı, polis ve asker teşkilatı ile daha birçok kurumu kapsayan genel bir kavramdır.²³ Devlet tarihsel süreçte, geçmişten günümüze kadar farklı aşamalardan geçerek günümüz modern devlet seviyesine ulaşmıştır. Buna göre devlet kavramına farklı anlamlar yüklenmiştir. Mesela Osmanlı'da devlet yerine mülk sözcüğü kullanılmaktadır. Dilimizde, devlet kelimesinin günümüz hukuk literatüründe kazanmış olduğu anlama 19. yüzyılda kavuştuğu ifade edilirken, batı dillerinde ise bu anlam 16. yüzyıldan itibaren kazanılmaya başlanmıştır.²⁴

²² Serap Yazıcı, (2008), *Yeni Anayasanın Yapımı Sürecinde Türkiye: Yasaklılıktan Özgürlüğe Otoriterizmden Demokrasiye Vesayetçilikten Demokratik Temsile*, Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, Cilt: II, Yetkin Yayınları, Ankara: s. 758.

²³ Özlem Özkök, (2010), *Müdahaleci Devletten Piyasa Ekonomisine Değişen Refah Devleti Anlayışı*, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul: s. 9.

²⁴ Talip Türcan, (1999), *İslam Hukukunda Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri -Batı ve Türk Hukukuyla Mukayeseli Bir İnceleme-*, Doktora Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta: s. 3.

Devlet insanların istek ve çabaları ile ortaya çıkan tarihsel geçmişe sahip, siyasal ve hukuksal özelliği olan, kural koyan ve üstün güce sahip bir yapıdır.²⁵ Başka bir tanıma göre ise hukuki ve siyasi açıdan örgütlü, tüzel kişiliğe ve egemenliğe sahip yerleşik bir insan topluluğudur.²⁶ Devlet denilince, belli sınırlar içinde yerleşmiş insan topluluğu, zorlama gücüne sahip ve kurumsallaşmış bir siyasi otorite anlaşılmaktadır.²⁷ Devlet siyasal iktidarın kurumsallaşması sonucu meydana gelmiştir. Bu açıdan siyasi toplumun gelişmesi, karmaşık bir yapıya bürünmesi siyasal iktidarın hukuk kaideleri ile kurumsallaşmasına sebep olmuştur.²⁸ Hukuki açıdan devleti, belirli bir ülkede, üstün bir iradenin hakimiyetine tabi olarak yaşayan insan topluluğunun teşekkül ettirdiği, ayrı ve müstakil bir şahsiyete sahip hukuki bir kurum olarak tanımlamak mümkündür.²⁹

Zabunoğlu, devletin hukuki ve kuramsal yönünün yanında, sosyal, ekonomik ve siyasi realitesi olan bir olgu olma niteliği de olduğunu ifade etmiştir.³⁰ Buna göre devletin farklı şekilde anlaşılması ve tanımlanmasında, devletin tarihten günümüze farklı unsurlara sahip olması, izlenilen yöntemlerdeki farklılıklar ve tanımlı yapan kişinin bakış açısının etkili olduğu söylenebilir. Dolayısıyla devletin mahiyetinin kavranmasında hangi açıdan ve nasıl bakıldığı da önem arz eder.³¹ Örgütlenme yapısına göre bakıldığında devletler üniter(tek) yapılı ve karma yapılı devletler olarak ikiye ayrılır. Üniter devlet, ülkenin bütününün tek bir egemenliğe ve tek bir devlet erkine bağlı olduğu, merkezi yönetim ilkesinin ve hukuk birliği ilkesinin geçerli olduğu devlet biçimidir. Karma yapılı devletler ise, devlet birlikleri veya devlet toplulukları biçiminde olabilir. Karma yapılı devlet biçimlerinde, yerinden yönetim ilkesi ve farklılık gösteren hukuk anlayışı hakimdir.

Hukuk devleti kuramının tam olarak özümsemiğini söyleyemeyeceğimiz ülkemizde ve benzer ülkelerde yaşanan temel sorunlardan bir tanesi, devleti ve devlet kurumlarını temsil eden birçok şahsın kendisini devletle özdeşleştirmesi sorunudur. Bu

²⁵ Mehmet Emin Akgül, (2010), Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Dönüşümü ve Günümüz Demokratik Rejimlerindeki Anlamı, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 2010/4, Ankara: s. 82.

²⁶ Akgül, a.g.m., s. 82.

²⁷ Özkök, a.g.e., s. 11.

²⁸ Kaçar Kızılar, a.g.e., s. 28.

²⁹ Türcan, a.g.e., s. 9.

³⁰ Türcan, a.g.e., s. 4.

³¹ Türcan, a.g.e., s. 4.

açından, devletin tabu haline getirilerek, iktidarı ele geçirenlerce diğer kesimler üzerinde tahakküm aracı olarak kullanılmasının altında yatan neden de bu sorundur.

Burada antiparantez, devletin bir kurumsal yapı ve bir tüzel kişilik olduğu gerçeğinin göz ardı edildiğini de söylemek gerekir. Buna göre devletle kendisini özdeşleştiren şahıslar devletin gücünü ve imkanlarını da kendi şahsi gücü ve imkanı olarak görme eğilimi içerisine girmektedirler. Sonuçta devlette en alttan en üste kadar, memur veya amir konumunda olan bu şahsiyetlerin haksız kazanç elde etmesi, usulsüz ve hukuk dışı uygulamalara imza atması kaçınılmaz bir gerçek olarak ortaya çıkmaktadır.

Özdeşleştirme sorunu, günümüzde ve tarihsel süreçte devletin en alt kademesinden en üst kademesine kadar görev alan memur, asker, bürokrat, devlet başkanı, kral ya da padişahın yapmış olduğu hukuk dışı, usulsüz uygulamalarda birincil etmen olarak karşımıza çıkmaktadır. Ülkemiz ve benzeri ülkelerde sıkça karşılaşılabilen bu sorunun çözüme kavuşması için, öncelikle devlet bürokrasisinde görev alanların kendisini devletle özdeşleştirme hastalığından kurtulmaları veya amiyane tabirle "ben devletim" mantığından uzaklaşmaları gerekir. Devletin kurumsal bir yapı olduğu ve şahısların devlet içindeki fonksiyonlarının ise devletin işleyişinde ve bulundukları konumda görevlerini gereklerine uygun olarak yapmak olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Bunun dışında şahısların kendilerine bir misyon yüklemesi kabul edilemez bir yaklaşımdır.

Maalesef şahıslar kendilerine yükledikleri bu misyonla beraber hukuk dışı bazı beklentiler içine girme eğilimi de göstermektedirler. Bazen de zaten hukuk dışı eğilime sahip olanlar, devlet içinde bulundukları konumu ve misyonu bu uğurda kullanmaktadırlar. Şahısların kendisini devletle özdeşleştiren bu yaklaşımdan uzaklaşabilmesi için kanaatimizce devlet kademelerinde görev alacaklarda aranılması gereken liyakat kriterinde, görevini layıkıyla yapabilecek kapasiteye sahip olmanın yanında, usulsüz ve hukuksuz uygulamalardan kaçınacak güvenilirliğe sahip olma niteliği de aranmalıdır. Ayrıntısına "hukuk devleti" başlığında değineceğimiz, işler bir hukuk sisteminin varlığı da devlet içinde bu tarz yanlış uygulamalar açısından caydırıcı özellik taşımaktadır.

1.3.1. Devletin Unsurları

Devletin birçok farklı tanımı yapılmakla beraber devlet kısaca, bir topluluğun belli bir ülke üzerinde oluşturduğu egemen nitelikteki tüzel kişiliktir.³² Bu tanımla beraber devletin unsurları da ortaya çıkmaktadır.

1.3.1.1. Ülke Unsuru

Ülke; kara, hava ve deniz olarak üzerinde yaşanabilecek bir coğrafyadır. Bir tanıma göre ülke, devletin üstünde ve altında yetkilerini kullandığı, devleti vücuda getiren insan topluluğunun üzerinde yerleştiği, sınırları belirli bir yeryüzü parçasıdır.³³ İnsan topluluğunun devlet kurabilmesi için öncelikle bir ülkeye yerleşmiş olması zorunluluğu vardır. Buna göre ülke olmadan devletten bahsetmek mümkün değildir. Bu sebeple de göçebe toplumlarda bir siyasi iktidar ayrışması olsa da, bu toplumların bir devlet teşekkül ettirdikleri söylenemez.³⁴ Toplamlar üzerinde yaşadıkları ülkeyi farklı şekillerde mücadele ederek ve çoğu zaman savaşarak elde etmiş veya korumuşlardır. Bu şekilde kendisine ait bir ülkeye kavuşan insan topluluğunun önünde devlet olma yolundaki ilk merhale aşılmış olmaktadır.

1.3.1.2. Toplum Unsuru

Ülkede yaşayan insan topluluğu, devletin diğer bir kurucu unsurudur. Devletin insan unsurunu göstermek amacıyla yazarlar tarafından teb'a, halk, ahali, insan topluluğu ve millet gibi çeşitli terimler kullanılmıştır.³⁵ İnsan topluluğunun millet soyut, halk ise somut ifadesidir.

İnsan topluluğunun devlet kurabilmeleri için, bir takım bağlarla birbirlerine bağlı olmaları gerekir. Objektif millet anlayışına göre bu bağlar ırk, dil, din gibi objektif bağlardır. Subjektif millet anlayışına göre ise bu bağlar mazi, ideal, ülkü gibi manevi bağlardır. Gerçekte her iki millet anlayışı da bir devlette toplum unsurunun

³² İba, a.g.e., s. 66.

³³ Türcan, a.g.e., s. 43.

³⁴ Türcan, a.g.e., s. 44.

³⁵ Türcan, a.g.e., s. 58.

şekillenmesinde birbirini destekler mahiyette karşımıza çıkmakta ve birçok ülkede bu iki anlayış beraber tezahür etmektedir. Eski tarihlerde var olmuş Avusturya - Macaristan gibi, Osmanlı gibi birçok imparatorluk farklı ırktan, dilden ya da dinden insanı bir araya getirmiş ve bu toplulukların birçoğu aynı maziye paylaşmış ve aynı ideale, farklı saiklerle de olsa, birlikte yürümüştür. Ulus devlet kavramı ile bu durumun kesintiye uğraması söz konusu ise de, günümüz devletleri açısından globalleşmenin etkisiyle farklı ırktan, dilden ya da dinden insanların bir arada, aynı devlet çatısı altında yaşam sürmeleri kaçınılmaz olmuştur. Şimdilik birçoğu itibariyle aynı maziye paylaşmamış olsalar da özellikle A.B.D. örneğinde görüldüğü üzere aynı ideallerde birleşebilmektedirler. Bu sebeple toplum kavramı günümüzde değişime uğramış, toplumu geniş anlamıyla düşünüp değerlendirme yapmak kaçınılmaz olmuştur.

Günümüz modern toplumlarında, toplumu oluşturanların farklı ırklara, dillere veya dinlere sahip olması artık önüne geçilmesi mümkün olmayan bir gerçekliktir. Bu sebeple bu farklı unsurların, aynı ideallerde, devlet adına ortak hareket edebilmesi için kendilerini toplumun bir parçası olarak görmeleri, aynı aidiyet hissine sahip olmaları gerekir. Bunun için toplumun farklı unsurlarının, kendilerini rahat bir şekilde ve hukuk sınırları içerisinde ifade edebilmeleri zorunluluktur. Evet, farklı dilden, dinden, ırktan olsa da toplumun farklı renklerinin, farklılıklarını hukuk içinde ve özgürce yaşayabilmesi, tezimizin konusunun ve özellikle çoğulculuk ilkesinin gerçekleşmesi adına, vazgeçilmez niteliktedir.

Bunun yanında kendi toplumumuza ayna tutacak olursak; bizde de birçok farklı unsurun toplum içinde varlığını sürdürdüğü görülmektedir. Ülkemizde de farklı inançlara sahip olan, farklı dili konuşan ve farklı ırktan olan insanlar hayat sürmektedir. Bununla birlikte ülkemizde var olan bu farklılıkları kazanca dönüştürdüğümüzü veya her kesimin kendisini toplumun bir parçası olarak görüp düşündüğünü söylemek gerçekçi olmayacaktır. Durum böyle olunca, farklı etnik veya kültürel yapıları(kürtlük, alevilik gibi) kullanarak devlete karşı örgütlemek ve terörize olmalarına sebebiyet vermek isteyenlerin ekmeğine yağ sürülmüş olmaktadır. Toplumda ayrışma meydana gelmesinin altında yatan birincil etmenin siyasilerin iktidar hırsı sebebiyle, toplumu kutuplaştıran ve kendinden olmayanı kolaylıkla "vatan haini" ilan eden siyaset izlemeleridir, demek yanlış olmayacaktır. Dolayısıyla toplumumuz açısından

kutuplaştırma siyasetinin önünü alacak tedbirleri almak ve toplumun bütün unsurlarının kendilerini gerçekleştirebilecekleri bir yol bulmak gerekmektedir.

1.3.1.3. Egemenlik Unsuru

Devletin var olabilmesi için bir ülke üzerinde yaşayan insan topluluğunun orada egemenlik kurması gerekmektedir. Egemenlik, bir devletin otoritesini etkin bir biçimde kullanabilmesini ifade eder. Devlet açısından egemenlik, hem kural koymayı hem de kuralları uygulayabilme kapasitesini ifade etmektedir.³⁶ Egemenlik bir gücün, bir iktidarın en üstün olması, sınırsız ve mutlak olması, bölünmez ve devredilmez olması olarak tanımlanmıştır.³⁷ Bu tanımdan yola çıkarak, klasik egemenlik anlayışına göre egemenlik mutlak, bölünmez ve daimi gibi sözcüklerle nitelendirilmiştir.³⁸ Bu anlayışa göre egemenlik, üstün, karşı konulması mümkün olmayan, mutlak, sınırsız ve denetlenemez bir otorite olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak insan hak ve özgürlüklerinin, hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkelerinin önem kazandığı günümüz dünyasında bu ilkelerle bağdaşmayan sınırsız egemenlik anlayışı önemini yitirmiş ve bu sebeple günümüzde geline nokta klasik egemenlik anlayışı yerini "sınırlı egemenlik" anlayışına bırakmıştır.³⁹ Egemenlik anlayışındaki bu değişim kuvvetler ayrımı, demokrasi, çoğulculuk ve hukuk devleti ilkelerine de zemin hazırlamıştır. Zabunoğlu'na göre egemenliğin sınırlandırılmış olması devletin egemen olmasına engel olmaz, ancak bu durum egemenliğin keyfi kullanılmasını ve özgürlüklerin yok sayılmasını engelleyecektir.⁴⁰

Egemenlik ilkesinin genel anlamda kabul edilen iki farklı yönü vardır. Bunlar iç egemenlik ve dış egemenliktir. Devletin egemenlik ilkesi gereği iç ve dış egemenliğini gerçekleştirebilmesi için zorlayıcı ve silahlı güce(polis, asker) sahip olması gereklidir. Aslına bakılırsa temel hak ve özgürlüklerin başında yer alan yaşam hakkının ve güvenliğin teminat altına alınması hakkının temin edilebilmesi adına da,

³⁶ Bağbaşı, a.g.e., s. 19.

³⁷ Kapani, a.g.e., s. 67.

³⁸ Fatih Ertugay, (2005), *Sivil Toplum Örgütlerinin Siyasal İktidar Üzerine Etkileri*, Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum: s18.

³⁹ Kapani, a.g.e., ss. 68-72.

⁴⁰ Çiğdem Pank, (2012), *Egemenlik Yetkisinin Demokrasi Açısından Sınırlandırılması*, Yüksek Lisans Tezi, Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Muğla: s. 6.

bunu temin etmekle yükümlü olan devletin iç ve dış egemenliğinin sağlanmış olması ve bunun için kolluk kuvvetlerinin etkin ve yetkin olması zorunluluktur. Etkin ve yetkin nitelikleri taşıyan kolluk kuvveti olmayan bir devletin egemenliğinden bahsedilemeyeceği gibi, böyle bir devletin vatandaşlarının yaşam hakkını ve güvenliğini temin etmesi de mümkün olmayacaktır. Devletin iç egemenliği kendi ülkesi içinde en üstün otorite olması, dış egemenliği ise devletin uluslararası ilişkiler bakımından diğer devletlerle eşit olması ve bağımsız olmasıdır. İç egemenlik devletin kesin ve bağlayıcı olan yönüdür. Buna göre kanun çıkarma, yasaklar koyma, cezalandırma, gerektiğinde güç kullanma ve vatandaşa yükümlülükler yükleme iç egemenliğin yansımalarıdır.⁴¹

Devletin bütün bu yetkilerini evrensel hukuk kuralları içerisinde kullanması hukuk devleti kuramı açısından vazgeçilmez niteliktedir. Aksi hal, egemenlik hakkının kötüye kullanılması anlamını taşır ki, bu durum egemenin meşruiyetinin sorgulanması sonucunu doğuracaktır. Dış egemenlik ise, öncelikle devletlerin birbirine karşı eşitliği prensibi dikkate alındığında, sınırlı bir egemenlik anlayışıdır. Burada bir devletin diğer bir devlete karşı tahakkümü, güç kullanması veya yükümlülük yükleme egemen devletler açısından kabul edilemez. Egemenlik bağımsız olmanın yanında, başka devlete tabi olmamayı gerektirir.⁴² Ancak tarihsel süreçte ve günümüzde birçok devletin, kendisinden daha güçlü devletlerin etkisi ile hareket ettiği ve bir takım yükümlülükleri kabul ettiği bir gerçekliktir. Dolayısıyla mutlak anlamda, dış egemenlik açısından bir eşitlikten bahsetmek pek mümkün değildir. Aynı zamanda günümüzde mutlak anlamda dış egemenlik de mümkün görülmemekte, devletlerin birbiriyle ilişkileri ve politik çıkarları karşılıklı tavizleri zorunlu kılmaktadır. Devletler ekonomik, siyasi, askeri, sosyal ve daha birçok açıdan birbirlerine ihtiyaç duymaktadır ve birbirleriyle ilişki içerisinde. Devletlerin, saymaya çalıştığımız birçok açıdan birbirine muhtaç olması, zorunlu olarak dış egemenlik açısından da mutlak ve sınırsız bir şekilde egemen olmalarını imkansız hale getirmiştir.

Tarihsel olarak bakacak olursak, modern anlamda egemenlik kavramını ilk defa ortaya atan, sistemleştiren ve teori haline getiren Jean Bodin'dir.⁴³ Thomas Hobbes ise

⁴¹ Pank, a.g.e., s. 15.

⁴² Aydın İpek, (2011), *Anayasa Hukuku Ders Notları*, 1. Baskı, Detay Yayıncılık, Ankara: s. 8.

⁴³ Kapani, a.g.e., s. 65.

egemenlik anlayışının ikinci büyük düşünürüdür.⁴⁴ Bodin'e göre egemenin ayırt edici özelliği "kanun yapma gücü", Hobbes'e göre ise egemenin ayırt edici özelliği "cebir gücü"dür.⁴⁵ Bodin, dönemindeki katolik ve protestanlar arasındaki şiddetli savaşların etkisiyle, barışın ancak güçlü bir otorite ile tesis edilebileceği düşüncesine sahiptir.⁴⁶ Bu düşünce onun egemenlik anlayışını şekillendirmiştir. Hobbes ise toplumun özünde savaş, güvensizlik ve kaosun olduğunu, devlet denilen egemen gücün olmadığı toplumda savaş halinin hakim olacağını savunmuştur.⁴⁷ İnsanlar bu yüzden doğal durumdaki bütün haklarını sözleşme ile bir egemene devretmelidirler. Bodin ve Hobbes mutlak monarşileri savunan ve totaliter gelenek çizgisine sahip olan yazarlardır. Onlara göre halk sadece egemenliğin kaynağı durumundayken, demokratik devlet geleneği çizgisine sahip olan Locke'a göre halk egemenliğin hem kaynağı hem de kullanıcısı durumundadır.⁴⁸ Locke'a göre egemenin meşruiyet ilkeleri yasalarla belirlenmiştir. Egemen yasaların dışına çıkarsa meşruiyetini kaybedecektir. Locke bu durumu "yasanın bittiği yerde tiranlık başlar" sözüyle açıklamaktadır.⁴⁹

Tam bu noktada totaliter gelenek çizgisine sahip bir başka yazar Machiavelli'yi diğer yazarlardan ayrı tutarak değerlendirmek gerekmektedir. Machiavelli'nin "Hükümdar" adlı kitabının ilk bakışta hükümdarlara, devlet yöneticilerine ya da egemen ve idarecilere yol gösteren bir el kitabı niteliği taşıdığı düşünülebilir. Ancak bize göre, bu kitap dikkatlice okunacak olursa, bu düşünce çok da yerinde bir düşünce değildir. Şöyle ki; Hükümdar kitabında Machiavelli hükümdar olabilmesi için kişinin halkın ya da seçkinlerin desteğine ihtiyacı olduğunu, ancak halkın desteği ile iktidara gelenin, seçkinlerin desteğini alandan -iktidarda kalma açısından- daha avantajlı olduğunu ifade eder.⁵⁰ Bunun için hükümdar halkın dostluğunu kazanmalı ve bu dostluğu korumalıdır. Bu şekilde kendisini de tehlikelerden korumuş olacaktır.⁵¹

⁴⁴ Mustafa Erdoğan, (2005), Egemenliğin Dünyu-Bugünü, *Hukuk ve Adalet Dergisi*, Yıl: 2, Sayı: 6-7, İstanbul: ss. 218-219.

⁴⁵ İpek, a.g.e., s.7.

⁴⁶ Bağbaşı, a.g.e., s. 23.

⁴⁷ Bağbaşı, a.g.e., s. 24.

⁴⁸ Bağbaşı, a.g.e., s. 27.

⁴⁹ Bağbaşı, a.g.e., s. 27.

⁵⁰ Niccolo Machiavelli, (2014), Hükümdar, Necdet Adabağ (Çev), 9. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul: s. 37.

⁵¹ Machiavelli, a.g.e., s. 42.

Hükümdar cömert olarak tanınmalıdır. Ancak cömertliği mantık dışına çıkarsa şatafat ve gösterişten kurtulamayacak, maddi varlığını yeyip bitirecek ve bu durumda da halktan alacağı vergileri arttırmak zorunda kalarak halkta nefret uyandıracak ve saygınlığını yitirecektir.⁵² Machiavelli bu durumu şu şekilde ifade eder: "Buna göre bir hükümdar uyruğunu soyup soğana çevirmediği, ülkesini savunabildiği, yoksullaşmaktan ve aşağılanmaktan kaçınabildiği, açgözlülük etmediği için cimri diye tanınıyorsa, kendini hor görmemeli. Çünkü bu niteliği bir hükümdarı ayakta tutan kusurlardan biridir."⁵³ Hükümdar merhametli biri olarak görünmeyi istemeli ancak, uyruğunu bir arada tutmak ve iktidara bağlılığını sağlamak için adının zalime çıkmasından çekinmemelidir.⁵⁴ Ona göre hükümdarla yurttaşları arasındaki korku bağı sevgi bağından daha sağlam bir bağıdır ve hükümdar, uyruğunun malına, mülküne veya ailesine göz dikmezse nefret uyandırmadan korku salabilir.⁵⁵ Machiavelli hükümdarın iki ayrı mücadele yolu olduğunu söyler; bunlardan birincisi yasalara uyarak, ikincisi ise zora başvurarak gerçekleşir. Hükümdar her iki yolu da kullanmayı bilmelidir.⁵⁶ Bunun dışında Machiavelli hükümdarın dalkavuklardan kurtulmak için saraya bilge insanları alması gerektiğini söylemektedir.⁵⁷

Bütün bunlar bir hükümdar ya da yönetici tarafından örnek alınabilecek veya değerlendirmeye tabi tutulabilecek görüşleri ihtiva etmektedir. Ancak Machiavelli yine aynı kitabında hükümdar ya da çağımız yöneticileri için örnek oluşturabilecek bu görüşleri anlamsızlaştıracak ifadelerle yer vermiştir. Çünkü ona göre hükümdarın saymış olduğu bütün bu niteliklere, sahip olması gerekmekte, sadece sahipmiş gibi görünmesi, izlenim uyandırması yeterli olmaktadır.⁵⁸ Hükümdar devleti ayakta tutabilmek için insani değerlere sahip olduğu, dürüst ve merhametli olduğu izlenimi vermeli ve ancak gerektiğinde bütün bu değerleri bir kenara itebilmelidir. Bunun dışında dindar gibi görünmesi çok önemlidir ve ayrıca sözünde durması da gerekli değildir.⁵⁹ Aslında bu sözleriyle Machiavelli bize "riyakar bir hükümdar portresi" çizmektedir. Bu sözlerinden onun hedefe giden yolda her şeyi mübah gördüğü ve ona göre hedefe ulaşmak için insani değerler, din, ahlak, etik, hukuk ve hatta gücün kullanılabildiği

⁵² Machiavelli, a.g.e., s. 60.

⁵³ Machiavelli, a.g.e., s. 61.

⁵⁴ Machiavelli, a.g.e., ss. 62-63.

⁵⁵ Machiavelli, a.g.e., s. 64.

⁵⁶ Machiavelli, a.g.e., s. 66.

⁵⁷ Machiavelli, a.g.e., s. 90.

⁵⁸ Machiavelli, a.g.e., s. 67.

⁵⁹ Machiavelli, a.g.e., s. 68.

oranda değer ifade ettiği sonucu çıkmaktadır. Açıkça ifade etmek gerekirse hükümdar bu durumda gerekirse dini, gerekirse toplumun farklı değerlerini iktidarı için araç olarak kullanabilir. Ayrıca Machiavelli'nin "Şiddet tüm hışmıyla ve bir kerede uygulanmalıdır, halk tadına varmamalıdır, yoksa canını yakar. Oysa iyilikler azar azar yapılmalı ki halk tadına varabilsin."⁶⁰ sözleri onun keyfiliğini ortaya koymaktadır. Ona göre iktidarın menfaati ve halkın iyiliği için halka kötülük ve zulüm yapılabilir, gerekirse adalet dışına çıkılabilir.⁶¹

Bütün bu görüşleri bir arada değerlendirildiğinde, Machiavelli'nin "menfaat devleti" anlayışına sahip olduğunu ve hükümdarı(devleti) tabulaştıran bir fikir örgüsü ortaya koyduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu açıdan Machiavelli'nin Hükümdar kitabı bütün olarak değerlendirildiğinde, hükümdarlara ve çağımızın yöneticilerine riyakarlığı aşılamaktan ve insanlığın ahlaki, hukuki ve etik kazanımlarını görmezden gelmekten başka bir anlam taşımamaktadır. Bu kitapta bir taraftan bütün bu kazanımlar değer görürken, diğer taraftan bu kazanımların değeri "-miş gibi yapmak" seviyesine düşürülmüş ve anlamsızlaştırılmıştır.

Kendisi bu durumu, düşlenen yaşamdan uzak, somut gerçekliğin ardından gitmek şeklinde mazeretlendirmiş ve hükümdarın ayakta kalabilmek için iyi olmamayı ve iyiliği yerine göre kullanmayı öğrenmesi gerektiğini savunmuştur.⁶² Machiavelli somut gerçekliğin ardından giderken gözden kaçırılmaması gereken bazı gerçekler vardır. Buna göre Machiavelli'nin riyakarlığa methiyeler düzen düşünceleri, kendi çağının hükümdarlarına ve sonraki çağlarda yaşayan Mussolini, Hitler gibi diktatörlerle çağımızın dini ve kültürel değerleri suistimal etmekten çekinmeyen yönetici ve politikacılarına fikir babalığı yapmaktan farklı bir anlam taşımamaktadır. Zira dikkatlice izlenirse bu diktatörler, yöneticiler ve politikacılar Machiavelli'nin kitabında bahsettiği fikirlerle örtüşen bir çizgi ortaya koymuşlardır veya koymaktadırlar. Mesela Machiavelli'nin hükümdarın sözünde durmamasını meşrulaştırması bile tek başına bu durumu özetlemeye yeterlidir. Çünkü sözünde durması gerekmeyen bir hükümdar koyduğu kanunları keyfi bozabilir, değiştirebilir ya da ortadan kaldırabilir. Bu durumda uyruklar her türlü zulme açık bir durumdadır ve güvenceleri yoktur. Eğer somut gerçeklik bu ise ve bu somut gerçekliğe bizim razı olmamız gerekirse, insanlığın

⁶⁰ Machiavelli, a.g.e., s. 36.

⁶¹ Pank, a.g.e., s.39.

⁶² Machiavelli, a.g.e., s. 59.

bugüne kadar kazanımı olan evrensel hukuki ve insani değerler hangi kategoride değerlendirilecek ve ne olacaktır? Kanaatimizce bu sorunun cevabı "Hükümdar" kitabında değerini bulmamaktadır.

Bunun dışında maalesef ülkemizde de "menfaat devleti" odaklı, "Hükümdar" kitabını temel alan bir devlet, yönetim anlayışı hissedilmektedir. Kanaatimizce bunun altında yatan öncül sebeplerden birisini, bu kitabın halen yönetici yetiştiren siyasal bilgiler fakültelerinde bir yönetici el kitabı gibi okutulması gerçeğinde aramak gerekir. Tezimiz konusu ve gerçeğinin aksine "menfaat devleti" anlayışını meşrulaştıran bu kitaptaki öğretiler doğru bir mantık silsilesi ortaya koymamaktadır. Oysa menfaat devleti anlayışı yerine "hukuk devleti" anlayışının egemen olması ve bu yolla hukuk ve hakkaniyet ilkelerinin gerçekleştirilmeye çalışılması asıl olmalıdır. Bunun için ülkemizde de yönetici olacak kadroların "hukuk devleti" anlayışı temelli ilkesel bir eğitim almaları ve bu anlayış üzerine yönetim ve politika ortaya koymaları zorunluluktur.

Egemenlik konusunda, egemenliğin kaynağı sorunu da bir diğer sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda egemenliği kullanan devlet olsa da, aslında egemenliğin kaynağı olarak devlet görülmemiştir. Devletin egemenliğinin kaynağı konusunda iki farklı görüş vardır. 1. görüşe göre egemenliğin kaynağı "Tanrı"dır. Yönetenler yönetme hakkını Tanrı'dan alırlar. 2. görüşe göre ise egemenliğin kaynağı "toplum"dur. Yönetenlere yönetme hakkını toplumun kendisi verir. 1. görüşe tanrısal kuram, 2. görüşe ise demokratik kuram denmektedir.⁶³

Demokratik kuram içinde halk egemenliği ve ulusal egemenlik olmak üzere iki farklı anlayış vardır. Ulusal egemenlik ilkesi Fransız Devrimi kaynaklıdır ve bu ilkeye göre egemenlik soyut bir kavram olan ulusa aittir. Ulus kavramı, sadece belirli bir zamanda yaşayan fiziki bir varlık olarak halkı değil, halkı da içine alan, geçmişten geleceğe uzanan manevi bir varlığı anlatır.⁶⁴ Halk egemenliği ilkesi ise 2. Dünya savaşı sonrası yapılan anayasalarda yerini almıştır ve bu ilkeye göre egemenlik somut bir kavram olan halka aittir. İlk defa Rousseau halkı, toplum sözleşmesi kuramında, siyasi

⁶³ Şeref Gözübüyük, (2002), *Anayasa Hukuku*, 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara: s. 68.

⁶⁴ İpek, a.g.e., s. 26.

topluluk halini almış egemen olarak kabul etmiştir.⁶⁵ Halk, vatandaş kavramları ulus kavramlarına göre daha somut olduğu için halk egemenliği ilkesi daha demokratiktir. Bunun sebebi, ulusal egemenlik ilkesinin genel olmayan, sadece belirli seçmenlere seçim görevinin verildiği sınırlı seçim yöntemine de uygun olmasıdır.⁶⁶

Egemenliğin kaynağı sorunu, klasik dönemde araştırma konusu yapılırken, günümüzde önemini yitirmiş ve yerini egemenliğin hukuki sınırlar içinde nasıl kullanılacağı sorununa bırakmıştır.⁶⁷ Asıl sorun ülkede yaşayan bireylerin devletle ilişkilerinin nasıl şekilleneceği ve egemenliği kullananların bunu nasıl kullanacakları sorunudur. Artık günümüzde egemenliğin kaynağının halk olarak görülmesinin ya da Tanrı olarak kabul edilmesinin bir anlamı kalmamıştır. Tarihsel süreçte yaşanan acı tecrübeler ve halen günümüzde varlığını sürdüren örnekler, egemenliğin kaynağını Tanrı'ya dayandıran zorba yönetimleri karşımıza çıkardığı gibi, yine benzeri birçok acı tecrübe ve örnek egemenliğin kaynağını halka dayandıran birçok zorba yönetimi karşımıza çıkarmıştır. Bu sebeple kanaatimizce de, egemenliğin kaynağının ne olduğunun pek bir önemi kalmamış, önemli olanın egemenliğin baskı aracı olmaktan uzak, demokratik yaşam biçimine ve hukuk ilkelerine uygun uygulanıp uygulanmadığı olduğu anlaşılmıştır.

Yukarıda da bahsi geçtiği üzere devletin egemenlik yetkisini evrensel hukuk dışına çıkararak kullanması, egemenin meşru yönetiminin sorgulanmasına sebep olacaktır. Devlete(Egemen İktidara) meşruiyet kazandıracak olan ise egemenliğin hukuk içinde kullanılması ve egemenliğin çoğunluk içinde olsun olmasın bütün bireylere ait olduğu, toplumun bütün kesimlerinin etkin olduğu çoğulcu demokratik egemenlik anlayışının var olmasıdır. Bunun dışında kazanılan meşruiyet tam bir meşruiyet olmayacaktır. Ya çoğunluğun kabul ettiği meşruiyet ya da baskı ile kazanılmış(ve baskı ile korunan) meşruiyet olur ki her iki durum da egemene gerçek anlamda meşruiyet kazandırmayacaktır. Günümüzde demokratik ülkelerde egemenlik çoğunluğun oyu olarak somutlaştırılmıştır. Bu durum ise çoğunluğa dayanan iktidarın ben her şeyi

⁶⁵ Mehmet Semih Gemalmaz, (2003), *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul: s. 62.

⁶⁶ Gözübüyük, a.g.e., s. 69.

⁶⁷ H. Emrah Beriş, (2008), Egemenlik Kavramının Tarihsel Gelişimi ve Geleceği Üzerine Bir Değerlendirme, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 63-1:76, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/933/11632.pdf>, (07.02.2016)

yaparım anlayışına kapılarak baskı rejimine dönüşmesi tehlikesine sebep olabilir. Ayrıca siyasal partilerin gelişerek güçlenmesi de bu durumu tetiklemektedir. Zira çoğunluk meclis çoğunluğuna, meclis çoğunluğu partiyi yönetenlerin iradesine, bu irade ise, parti liderinin anlayışına ve iradesine dönüşebilir. Bu şekilde azınlığın iradesi, çoğunluğun iradesi halini alabilir.⁶⁸

Meşruiyet, bir iktidarın herkes tarafından benimsenen hukuk kurallarına göre oluşmasını ve arkasında özgür rızaya dayalı çoğunluğun bulunmasını gerektirir.⁶⁹ Bununla birlikte meşruiyet azınlık haklarının da ihlal edilmemesi ve azınlığın memnuniyetinin de gözetilmesi gerçeğini zorunlu kılar. Zira bireylerin ve toplumun farklı kesimlerinin kendilerini egemenliğin bir parçası olarak görmesinin engellendiği bir rejimde hoşnutsuz kesim nedeniyle çatışmalara açık olunacağı gibi, hoşnutsuz kesimlerin devlet egemenliğini tehdit etmesi de kaçınılmaz olacaktır.⁷⁰ Bu açıdan iktidar için halkın hoşnutluğu çok önemlidir. Zira meşru iktidar kaynağını halkın rıza ve muvafakatinden alan ve bu rızaya uygun eylem ve işlemlerde bulunan iktidar⁷¹ olarak görülmüştür. Halkın rıza ve muvafakatinden kastedilense aslında sonuç olarak "halkın egemenliği" kavramıdır.

Burada bir parantez açıp şunu ifade etmek gerekir ki; bizim kastettiğimiz halk veya halkın egemenliği kavramı Rousseau'nun ifade ettiği halk egemenliği kavramından bir yönüyle farklılaşmaktadır. Biz halkın egemenliği kavramını kullanırken yukarıda bahsettiğimiz saiklerle, egemenliğin kaynağı sorunundan uzak, egemenliğin nasıl kullanılacağı ve bu açıdan meşruiyetin nasıl sağlanacağı yaklaşımını ve çoğulcu anlayışı esas alarak kullanıyoruz.

Konumuza devam edecek olursak; halk egemenliği kavramından anlaşılan -bireylerden ayrı, manevi bir varlığın değil- doğrudan doğruya toplumu oluşturan bireylerin egemenliğidir.⁷² Sonuçta halk egemenliğinden ayrı manevi bir varlığa atfedilen egemenlik suistimale açık bir egemenlik anlayışıdır. Millet veya ulus egemenliği ilkeleri soyut bir kavramı ifade etmeleri itibarıyla iktidar odaklarınca

⁶⁸ Gözübüyük, a.g.e., s. 71.

⁶⁹ İpek, a.g.e., s. 14.

⁷⁰ İpek, a.g.e., s. 15.

⁷¹ İpek, a.g.e., s. 14.

⁷² Recai Galip Okandan, (1976), *Umumi Amme Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul: s. 767.

kolaylıkla, somut kriterlere dayanma gereksinimi olmadan, meşruiyet aracı olarak kullanılmaya açıktır. Mesela zorba, iş yapmayan, usulsüzlük ve yolsuzluğa batmış bir iktidar -tarihte birçok örneği olduğu üzere- ulus böyle istiyor diyerek ve seçime dahi gereksinim duymadan veya manipülasyon yöntemiyle ve güç kullanarak saltanatını devam ettirebilir. Ancak asıl olan halkın hoşnutluğu, ekonomik refahı, hukuk sisteminin gelişmişliği ve işlerliği, toplumsal barışın yaşanılır olması temelinde şekillenen somut verilerle meşruiyetin kazanılmasıdır.

Egemenlik kavramının, somut ilke ve kurallara göre şekillendirilip, şeffaf yönetim anlayışının uygulama alanı bulması için halkın egemenliği ilkesine ihtiyaç duyulmaktadır. Klasik anlamda halk egemenliği anlayışı, halk iradesi olarak sadece çoğunluk iradesinin ortaya çıkması tehlikesinin olması ve çoğunluk baskısına yol açacağı sebebiyle eleştiri konusu olmuştur.⁷³

Oysa bizim bahsini ettiğimiz "halkın egemenliği ilkesi" çoğunluk kavramını aşkın, ülkede yaşayan bütün unsurları ve azınlık ya da çoğunluk bütün kesimleri içine alan, modern anlamda çoğulcu bir ilkedir. Bu sebeple bir nevi toplum sözleşmesi niteliği taşıyan anayasanın özünde, bahsini ettiğimiz çoğulcu anlayışı esas alan "halkın egemenliği ilkesi"nin kabul edilmesi yararlı olacaktır. Bu şekilde klasik anlamdaki halk egemenliği ilkesinin kuvvetler ayrımı gibi denge - denetim öngören mekanizmalarla bağdaşmaması riski⁷⁴ de, çoğulcu ve modern anlamdaki halk egemenliği ilkesi ile ortadan kalkmış olacaktır.

Bu anlamdaki halk egemenliğinin ve birey iradesinin korunması ise başta anayasa yargısı olmak üzere yargı yetkisinin anayasal ilke olarak yer alması ve yasama, yürütme organlarının yargıyı etkilemelerinin önüne geçecek yargı bağımsızlığının gerçekleşmesi yöntemi ile mümkündür.⁷⁵ Bütün bu unsurların gerçekleştirilmesi hedefi ise, bize hukuk devletine giden yolun kapılarını aralamaktadır. Sonuçta dikkat edilecek olursa, savunduğumuz modern anlamda ve çoğulcu yapıdaki halkın egemenliği ilkesi, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkeleri ile örtüşmektedir.

⁷³ Ertugay, a.g.e., ss. 28-29.

⁷⁴ Ertugay, a.g.e., s. 29.

⁷⁵ İpek, a.g.e., ss. 23-24.

1.4. HUKUK DEVLETİ

İktidar ve devlet kavramlarının nasıl şekilleneceği, toplumun yönetilmesinde ve ihtiyaçlarının giderilmesinde hangi ilkelere dayanılacağı sorunu çağımızda "hukuk devleti" unsurları ile cevabını bulmuştur. Hukuk devleti hukuk ve adalet kavramlarına dayanan evrensel insani değerlerle donanmış devlet olarak karşımıza çıkmıştır.

1.4.1. Hukuk ve Adalet Kavramları

Hukuk, sözlük anlamı olarak "haklar, toplumda kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen ve devlet gücüyle kendisine uyulması yaptırıma bağlı kılınmış kurallar bütünü"⁷⁶ olarak tanımlanmıştır. Bu tanımda göze çarpan unsurlar kişiler arası ilişkiler ve devlet gücüdür. Öktem'e göre ise hukuk, kaynağını sosyal ilişkilerde bulan, devlet tarafından konan, devlete karşı sorumluluğu içeren, yaptırımlarla donanmış ve adalete yönelmiş bulunan uyulması zorunlu toplum kurallarıdır.⁷⁷ Bu tanıma göre hukukun üç unsuru sosyal ilişkiler, devlet ve adalettir. Bu tanım sözlük anlamına ek olarak adalet arayışını ve tabii hukuk mantığını da hukuk tanımına eklemiştir. Öncelikle şunu söylemek gerekir ki, insanlar arası ilişkilerin varlığından bahsetmeden hukukun varlığından bahsetmek olanaksızdır. İkinci olarak da ancak bir devlet sistemi, ya da yöneten yönetilen ayrımı hukukun varlığını mümkün kılmaktadır. Günümüzde devlet dediğimiz, üstün bir iktidar ile ancak hukuk kurallarını şekillendirmek ve sürekli hale getirmek mümkün olabilir. İnsanlar arası ilişkiler ve devlet adeta hukukun şekli şartları niteliğini taşımaktadır. Ancak, bunun yanında Öktem'in tanımında yer alan ve bir çok tabii hukukçunun dile getirdiği "adalet" unsuru hukukun vazgeçilmez, esas ve asıl şartı hüviyetindedir.

Adalet öz itibarıyla, herkesin hak ettiğini bulması olarak tanımlanabilir. Adalet kavramı sözlükte ise, "herkesin hakkını tanıma, karşılıklı zıt yararlar arasında hakka uygun olan eşitlik veya denge, zulmetmeme ve insafli davranma"⁷⁸ anlamları ile tanımlanmıştır. Adalet kavramı eşitlik kavramı ile karıştırılsa da tam olarak bu kavramlar birbirini karşılamamaktadır. Bazı durumlarda eşitlik pek adil sonuçlar doğurmaz. En basitinden

⁷⁶ Ejder Yılmaz, (2005), *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, Ankara: s. 490.

⁷⁷ Niyazi Öktem, (2012), *Ontolojik Açıdan Etik Kavramı ve Hukuk Felsefesi*, *Yargı Etiği Sempozyumu*, 15-16 Kasım, Ankara: s. 22.

⁷⁸ Yılmaz, a.g.e., s. 28.

bir bebekle genç bir adama aynı yemeği vermeye çalışmak pek adil değildir. Ya da birisine hakaret etmiş bir adamla, başka birisini öldürmüş bir adama eşit ceza vermek adaletle bağdaşmaz. Bu sebeple adalet ile göreceli eşitlik arasında bir orantı kurmak daha yerindedir. Buna göre eşit şartlar altında bulunanlara eşit davranma adil olandır. Aristoteles de adaletsiz kişinin eşitliği gözetmeyen olduğunu, adil olanın da eşitçe paylaştıran insan olduğunu dile getirmektedir.⁷⁹

Thomas Hobbes ise adaletin akla aykırı olmadığını, davranışların adilliğinin erdem olduğunu ve adaletsizliğin ise kötülükle aynı şey olduğunu dile getirmektedir.⁸⁰ Thomas Hobbes insanların adil olması ile edimlerin adil olmasını birbirinden ayırır. Ona göre bölüşümde adalet, hakem işidir ve herkese akla uygun bir şekilde dağıtım yapmaktır.⁸¹ Gerçekte adalet kavramı ile eşitlik kavramı arasında çok yakın bir ilişki söz konusudur. Buna göre aynı konumda olanlara aynı paylaşımın yapılması, herkesin aynı kazanım imkanlarına sahip olması ya da herkesin aynı şartlarda aynı müeyyidelerle karşılaşma riski ile karşı karşıya olması adalet duygusu ile örtüşmektedir. Tabii her zaman mutlak bir şekilde adaletin, eşitliğin sağlanması, şartlar el vermediği için mümkün olmayabilir. Mesela iki kardeşe bölüşürülecek iki tarlanın birisi daha verimli olabilir. Böyle bir durumda ise denkleştirme yapmak gereği ortaya çıkmaktadır.

Adil bir insanı değerlendirecek olursak, adil insanın insani değerlere sahip, erdemli biri olduğunu söyleyebiliriz. Geniş anlamıyla ifade edecek olursak, adil insan hem kendisine hem de çevresine karşı adil olan insandır. Buna göre adil insan aynı zamanda ilkeli, çalışkan, dürüst, bencillik ve kıskançlık gibi kötü huyları davranışlarından uzaklaştırmış, paylaşmasını bilen biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Aslına bakarsanız bu saydığımız özellikler aynı zamanda kişiyi mutlu yapan özelliklerdir. Platon'da eserinde adaletin mutluluk getirdiğini ve adalet ile mutluluğun bir arada bulunduğunu savunur.⁸² Dikkat edilirse çalışkan, ilkeli ve paylaşmasını bilen olmak gibi özellikler insana mutluluk kaynağı olan özelliklerdir. Oysa bencillik ve benmerkezci yaklaşımlar ve buna bağlı oluşan hırs insanlarda bitmek tükenmek bilmez bir ihtirasa dönüşebilmekte ve bu da kaçınılmaz olarak hiçbir şeyle mutlu olamama sonucunu doğurmaktadır. Bencillik duygusu ve benmerkezci bakış açısı aynı zamanda

⁷⁹ Koçdemir, a.g.e., ss. 60-61.

⁸⁰ Koçdemir, a.g.e., s. 85.

⁸¹ Koçdemir, a.g.e., s. 86.

⁸² Koçdemir, a.g.e., s. 58.

hukuk dışı adaletsiz davranışların da başlıca sebebidir, denebilir. Bunun altında yatan etmen, bencil insanların her şeyi kendilerinin hakkı olarak görebilmeleri ve gerektiğinde başkalarının da hakkına rahatlıkla tecavüz edebilmeleridir. Bu durum adalet duygusu ile bağdaşmaz. Hukuk ve adalet ise bencil ve şirazesiz olmayan duyguları sınırlandırmayı vadetmektedir. Hukuk ve adalet zoruyla bencil insanlar başkalarının hakkına göz koymaktan vazgeçmek durumunda kalacaklar ve kendi hakları ile yetineceklerdir. Bu ise onlar için sınırlandırma anlamı taşımaktadır.

Bu konuda ayrıca, hukukla kanun kavramlarının aynı anlama gelmediğini ve hukuk devleti ile kanun devletinin farklı olduğunu vurgulamak gerekmektedir. Öyle ki, geçmişte ve günümüzde uygulanmış birçok kanunun, hukuktan ve adaletten uzak olduğu bilinen bir gerçektir. Hukuk ve adaletten uzak yasalar sebebiyle birçok insanın hak kaybına uğraması kaçınılmaz olacaktır. Eşitlik ilkesinden uzak, özgürlükleri temel almayan, zorbalığı meşru gören bir kanun yapısı ile hukuk devletini temin etmek mümkün değildir. Böyle bir durumda zulmün en ağır şeklinin kanun biçiminde ortaya çıktığı ifade edilmektedir.⁸³ Bu sebeple, hak ve adalet duygusuna sahip, adil toplumlarda yasaların da hukuka ve adalete uygun olması gerekmektedir.⁸⁴

1.4.2. Hukuk Devleti Kavramı

Hukuk devleti, evrensel hukuk kurallarının gözetildiği, vatandaşların hukuki güvenlik içinde bulundukları, devletin eylem ve işlemlerinde hukuk kurallarıyla bağlı olduğu⁸⁵ ve kuvvetler ayrılığı ilkesi ile yargı denetiminin tam olarak sağlanabildiği devleti ifade etmektedir. Bu kavram Almanya'da hukuk devleti, İngiliz hukukunda hukukun egemenliği, Fransa'da ise hukukun üstünlüğü kavramlarının karşılığı olan sözcüklerle⁸⁶ ifade edilmektedir. Kanımızca en uygun ifade biçimi yine "hukuk devleti" kavramının karşılığı olan sözcüklerle yapılan ifade biçimidir. Zira hukukun egemenliği ya da hukukun üstünlüğü kavramları ile sanki hukuku temsil eden yargı mercilerinin

⁸³ Ahmet Taşkın, (2015), Toplumsal Ahlakın Yargıya ve Adalete Etkisi, *HUKAB*, Sayı: 12, Ankara: s. 30.

⁸⁴ Taşkın, a.g.m., s. 30.

⁸⁵ Ergun Özbudun, (2004), *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara: s. 113.

⁸⁶ Hayri Keser, (2005), *Türk Anayasa Yargısında Hukuk Devleti*, Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya: s.5.

diğer iktidar gruplarına karşı üstünlüğü ve tahakkümü gibi bir algı ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar bu algı gerçeği yansıtmasa da, ülkemizde ve benzer ülkelerde kolaylıkla ortaya çıkabilir ve sonucunda bu durum yargıyı, iktidarı elde etmek isteyenlerin mücadele ederek üstünlük sağlamaları gereken bir güç olarak gösterebilir.

Bu yanlış algının sebebi ise yargıyı ve hukuku anlamlandıramayarak, kavram karmaşası içerisinde doğru olarak tanımlayamama ve doğru olarak konumlandıramamadan kaynaklanmaktadır. Yargı ve hukuk doğru tanımlanır ve doğru konumlandırılırsa görülecektir ki, yargı, bir mücadele ve iktidar kavgası zemini olarak değil, bireyin ve toplumun hakkını koruyarak toplumsal barışı sağlayacak en önemli argümanlardan biri olarak karşımıza çıkacaktır. Bu sebeple hukuku, insan haklarını ve çoğulcu demokrasiyi hali hazırda içselleştirememiş ülkelerde algı karmaşasına sebep olmamak için kullanılması gereken doğru kavram "hukuk devleti" kavramıdır. Bununla birlikte "hukukun üstünlüğü" kavramı da yanlış bir kavram değildir.

Kelsen devleti tanımlarken, el attığı her şeyi hukuka dönüştüren Kral'ı devlet olarak tanımlamıştır. Buna göre Kelsen, hukuku devletten ayrı düşünmemektedir ve onun için her devlet bir hukuk devletidir.⁸⁷ Biz Kelsen'in bu görüşüne katılmıyoruz. Bize göre hak ve hukuk gerçekte devletin ve kanunların üstünde olmalıdır. Çünkü hukuk, hükümet adamlarının bencil duygularını sınırlandırmayı hedefleyen, onların irade ve ihtiraslarını aşan bir vücuda sahiptir.⁸⁸ Bu sebeple bir hukuk devletinde asıl olan devletin üstünlüğü değil, hukukun üstünlüğüdür.

Hukuk devletinde, devlet kurumsallaşmış bir tüzel kişilik olarak kabul görür ve devleti temsil edenlere hukuk dışında bir hareket olanağı verilmez. Devlet adamları, kurumsallaşmış yapıda hukuk kurallarına uygun olarak görev ifa etmektedirler. Hukuk karşısında onların diğer bireylerden herhangi bir farkı yoktur. Kurumsallaşmış tüzel kişilik niteliğindeki devlet de aynı şekilde hukuk kuralları ile şekillenir ve işleyişini bu kurallar belirler. Bu açıdan üstünlük varsa bu üstünlük belirleyici olan hukukun üstünlüğüdür. Günümüz, hukukun üstünlüğü kavramını hukuk devleti açısından olmazsa olmaz koşul olarak görür. Ona göre hukukun üstünlüğünün gerçekleşmediği bir devlet

⁸⁷ Süleyman Ruhi Aydemir, (2004), Hans Kelsen'in Saf Hukuk Teorisi ve Devlet Anlayışı, *Mevzuat Dergisi*, 76:17, <http://www.mevzuatdergisi.com/2004/04a/04.htm>, (07.02.2016).

⁸⁸ Ali Fuat Başgil, (1956), *"Hakkı ve Hukuku Devlet Mi Yarattır ve Yapar?" Tahir Taner'e Armağan*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul: s. 429.

hukuk devleti değildir, hukukun üstünlüğü ancak hukuk devleti ile sağlanabilir ve hukuk devletinde hukukun üstünlüğü de gerçekleşmiş olur.⁸⁹ Bu iki kavramı başka bir açıdan değerlendiren Sami Selçuk ise hukuk devleti ile hukukun üstünlüğü kavramları arasında fark olduğunu savunur.⁹⁰ Ona göre hukuk devleti devlet merkezci, jakoben bir yönetime sahiptir ve burada devlet hukuku üreten güçtür. Bu yüzden hukuk devletten yanadır ve devlet vatandaşları ile sürtüşme içindedir. Selçuk'a göre hukuk devletinde toplum ve hukuk devletin vesayetindedir.⁹¹ "Hukukun üstünlüğü ilkesi"nin var olduğu devlette ise hukuk devletten bağımsızdır. Toplum kendi kendini düzenleyebilecek durumdadır ve devletin vesayetinde değildir. Burada devletle birey hukuk karşısında eşittir ve merkeziyetçi bir devlet anlayışı da yoktur.⁹²

Kanaatimizce bu konuda farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olan unsur, düşünürlerin pozitif hukuk karşısında tabii hukukun güçlenmesini ve tabii hukukun hakim olmasını sağlama arayışlarıdır. Tabii hukuk anlayışında, hukukun kendisi adalet ile tanımlanır ve eğer hukuki bir norm, işlem veya eylem adilse geçerli ve bağlayıcıdır, adil değilse geçerliliği olmadığı gibi bağlayıcılığı da yoktur.⁹³ Nitekim Günüşur da kanun devleti kavramını ele alırken "kanun kanundur, her halükarda uygulanmalıdır" şeklindeki pozitivist yaklaşımın, kanun devleti anlamına gelse de hukuk devleti ya da hukukun üstünlüğü ile bağdaşmayacağını ifade etmektedir.⁹⁴ Pozitif hukuk anlayışına göre değerler görecelidir⁹⁵ ve hukuk değerini sırf norm oluşuyla elde eder. Dolayısıyla pozitif hukuk anlayışında hukuk, -isterse çok absürt ve şaşılacak bir norm olsun- sadece kanun normundan ibarettir. Yunan askeri cuntası ve Franko'nun devlet sistemi meşruluklarını pozitif hukuk öğretisinde aramışlardır.⁹⁶ Bu sebeple pozitif hukuk öğretisinin, devleti kendi şahsi çıkarları ve bencil duyguları etrafında yönetmek isteyenlerin düşüncelerini meşrulaştırdığını ve onların ihtiraslarına zemin hazırladığını söylemek yanlış olmayacaktır. Oysa hukuk devletinde mevcut mevzuatın evrensel ve

⁸⁹ Haluk Günüşur, (2005), Hukukun Üstünlüğü, *TBB Faruk Erem Ödülleri*, TBB Yayınları, Ankara: s. 28.

⁹⁰ Sami Selçuk, (1999), *Demokrasiye Doğru*, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara: s. 46.

⁹¹ Selçuk, a.g.e., s. 47.

⁹² Selçuk, a.g.e., s. 48.

⁹³ Kemal Gözler, (2008), Tabii Hukuk ve Hukuki Pozitivizme Göre Adalet kavramı, *Muhafazakar Düşünce Dergisi*, Yıl: 4, Sayı: 15, Ankara: s. 78.

⁹⁴ Günüşur, a.g.m., s. 30.

⁹⁵ Gözler, a.g.m., s. 89.

⁹⁶ Veysel Aytaman, (2005), *Hukuk Felsefesi*, Donkişot Yayınları, İstanbul: ss. 76-77.

toplumsal hukuka, adalet duygusuna ve genel olarak çağın tabii hukuk anlayışına uygun şekillenmesi asıl olmalıdır.

Hukuk devletinin üç ana unsurundan ilki insan haklarının gerçekleşmesi, ikincisi adaletin sağlanması, üçüncüsü ise güvenliğin temin edilmesidir.⁹⁷ Hukuk devletinde egemen olması gereken hukuk, vatandaşlar için güvenliği sağlayan ve özgürlük, adalet ve eşitlik gibi evrensel değerlerle uyumlu olan evrensel hukuktur.⁹⁸ Öncelikle, vatandaşların güvenliğinin sağlanması unsuru hukuk devleti için öncül şart niteliğindedir. Zaten, aslına bakıldığında hukuk devleti anlayışı, kişilerin temel hak ve hürriyetlerine saldırılara karşı kişileri(vatandaşları) koruma fikrinden doğmuştur. Buna göre vatandaşların içte ve dışta var olan veya olacak olan tehditlere karşı korunması ve emniyet içinde olması gerekmektedir. Hukuk devletinin bu açıdan vatandaşlarını koruyacak etkinliğe ve yetkinliğe sahip olması gerekmektedir. Ülke içinde vatandaşın güvenliğini tehdit eden her türlü hukuk dışı unsura karşı, kolluk teşkilatı ile yargı teşkilatı gerekli ve yeterli donanımına sahip olarak görev ifa etmelidir. Aynı şekilde vatandaşların güvenliğini tehdit eden her türlü dış unsura karşı donanımlı, etkin ve yetkin bir askeri teşkilatın varlığı hukuk devleti açısından zorunludur. Zira iç veya dış güvenliği sağlayamayan bir devlette kaos hakim olacağı için hukuk ve adaletin temini mümkün olmayacaktır. Bu öncül unsur gerçekleştirildikten sonra adaletin sağlanması ve insan haklarının gerçekleştirilmesi için kararlı ve ilkeli adımlar atılmalıdır.

Hukuk devleti belli bir siyasi ve sosyal gerçeğe kök salarak gelişmiş; özgürlük ve demokrasi temelinde, sivil toplum ile devlet ilişkileri anlayışıdır.⁹⁹ Bu açıdan bakıldığında devletle sivil toplum arasındaki ilişkiler ve siyasi, sosyal gerçekler devlette hukukun kaynağı niteliğindedir. Özgürlükler ve demokrasinin yaşam biçimi olarak gerçekleşmesi ise hedef niteliği taşımaktadır. Bir başka tanımda hukuk devleti, vatandaşların hukuki güvence altında bulunduğu, devlet organlarının işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarıyla bağlı olduğu devlet ya da insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu, adil bir düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini zorunlu

⁹⁷ Bahri Öztürk, (1996), CMUK Reformu ve Uygulama, *Yeni Türkiye*, Sayı: 10, Ankara: s. 587.

⁹⁸ Osman Aşar, (2009), *Türkiye'nin Avrupa Birliğine Tam Üyelik Sürecinde Hukuk Devleti ve İdari Usul Alanındaki Gelişmeler*, Yüksek Lisans Tezi, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, Ankara: s. 4.

⁹⁹ Bakır Çağlar, (1989), *Anayasa Bilimi*, BFS Yayınları, İstanbul: s. 7.

sayan ayrıca bütün faaliyetlerinde hukuka ve anayasaya uyan devlet olarak da tanımlanmaktadır.¹⁰⁰

Hukuk devleti kavramının esasını kamu gücünü kullananların hukukla bağlanması ve sınırlanması, bireyin keyfiliğe karşı korunması fikri oluşturmaktadır. Hukuk devleti genellik, öngörülebilirlik ve adaleti sağlayarak keyfiliği yok etmeyi amaçlayan devlettir.¹⁰¹ Bu şekilde vatandaşların devlete karşı güven beslemeleri ve kişiliklerini korkusuzca geliştirebilmeleri ancak hukuk devleti sistemi içinde mümkün olmaktadır.¹⁰² Bunun sebebi ise hukuk devletinin faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olarak hareket edip vatandaşlarına baskı unsuru olmaması ve vatandaşlarına her türlü hukuksuzluğa karşı hukuki güvenlik sağlamasıdır. Hukuk devleti ilkesi devletin hukuk çerçevesi içinde hareket etmesini sağlayarak yönetimde keyfiliğin olmasının önüne geçer. Bu sebeple devletin hukuki sınırlandırılması bireylerin özgürlüklerinin genişlemesi sonucunu doğurmuştur. Burada kastedilen özgürlük pozitif özgürlüktür. Yani başkalarının hakkına ve hukukuna zarar vermek ya da suç işlemek özgürlük kavramının içinde yer almamaktadır. Belirtilen istisnai durumlar dışında hukuk devletinde birey, özgürlüklerini gerçekleştirmek için, geniş bir hareket alanına sahip olmaktadır.¹⁰³

Hukuk devleti kavramı devletin hukukla bağlı olmadığı polis devleti deyiminin karşısı olarak kullanılmaktadır.¹⁰⁴ Polis devletinden kastedilense siyasal iktidarın hiçbir sınır ve denetim tanımayan hukuk dışı, keyfi yönetim biçimidir.¹⁰⁵ Polis devleti, kendi ya da kamunun menfaati için her türlü önlemi alıp kişilerin hak ve özgürlüklerine müdahale edebilen ve bunları yaparken idaresi hukuka bağlı olmayan devlet demektir.¹⁰⁶ Polis devletinin eylem ve işlemlerinin yargı tarafından denetlenmesi söz konusu değildir. Kısaca polis devleti hukuka bağlı olmayan ve yargı tarafından denetlenmeyen devlet olarak tanımlanabilir. Buradan hareketle bir devlet için hukuka bağlı olduğu ve yargı tarafından denetlenebildiği oranda hukuk devletidir denebilir. Polis devleti ve

¹⁰⁰ AYM'nin 11.10.1963 gün, 1963/124 E. ve 1963/243 K. Sayılı İlamı, [http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/eb2d4895\(03.03.2016\)](http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/eb2d4895(03.03.2016)).

¹⁰¹ Zühtü Arslan, (2000-01), Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı, *Doğu Batı Dergisi*, Yıl: 4, Sayı: 13, Ankara: ss. 77-78.

¹⁰² Özbudun, a.g.e., s. 113.

¹⁰³ Keser, a.g.e., s. 2.

¹⁰⁴ Özbudun, a.g.e., s. 113.

¹⁰⁵ Yılmaz, a.g.e., s. 998.

¹⁰⁶ Metin Günday, (2011), *İdare Hukuku*, 10. Baskı, İmaj Yayın Evi, Ankara: s. 38.

hukuk devleti dışında "hazine teorisi" anlayışına göre ise devletin faaliyetleri dolayısıyla hakları ihlal edilen kişilere mali karşılık elde etme imkanı tanınmıştır. Hazine teorisiyle yönetilenlere yargı yoluyla dolaylı da olsa bir güvence sağlanmıştır.¹⁰⁷ Hazineyi devletten ayrı bir tüzel kişilik olarak gören bu anlayış zamanla terk edilmiştir. Polis devleti ve hazine teorisi yerini hukuk devleti anlayışına terk etmiştir. Hukuk devletinde, yasama, yürütme ve yargıda devletin bütün organlarını kapsayacak biçimde hukukun ve anayasanın mutlak evrensel egemenliği vardır. Hukuk devletinin temel unsuru olarak, devletin bütün faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olması gerekmektedir¹⁰⁸

1.4.3. Hukuk Devletinin Unsurları

Hukuk devletinin gerçekleşmesinde farklı birçok unsurun önem taşıdığını söylemek gerekir. Bununla birlikte, ana başlıklarla ifade etmek gerekirse, beş unsur hukuk devletinin temel unsurları olarak görülmüştür. Bu unsurlar;

1. Yürütmenin Yargısal Denetimi
2. Yasamanın Yargısal Denetimi
3. Temel Hak ve Hürriyetlerin Güvence Altına Alınması
4. Yargının Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı
5. Kuvvetler Ayrılığı

1.4.3.1. Yürütmenin Yargısal Denetimi

Bir devletin hukuk devleti olması için yürütme organının hukuka bağlı olması gerekir. Ayrıca temel hak ve özgürlükler açısından en temel unsur yürütme organının faaliyetlerinin hukuka uygunluğudur. Zira tarihsel olarak da incelendiğinde toplumda

¹⁰⁷ Günday, a.g.e., s. 38.

¹⁰⁸ AYM'nin 11.10.1963 gün, 1963/124 E. ve 1963/243 K. Sayılı İlamı, [http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr /Karar/Content/eb2d4895\(03.03.2016\).](http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr /Karar/Content/eb2d4895(03.03.2016).)

özgürlüklere yönelik en ciddi tehditlerin genellikle yürütme organından kaynaklandığı bilinen bir gerçektir.¹⁰⁹Yürütme organı -bir çok örnekte görüldüğü gibi- egemenliği kendi üzerinde sınırsız ve mutlak bir hak olarak görüp, bunun yansıması olarak işlem ve eylemlerinde kendisinde var olan üstünlük ve ayrıcalıkları kötüye kullanma eğilimi göstermektedir. Yürütmenin bu üstünlük ve ayrıcalıklarının etkisiyle kanunsuz veya keyfi olarak hukuka aykırı davranmasının önüne geçecek olan en etkili yol ise yargı denetimidir. Yürütmenin tutum ve davranışlarının hukuka uygunluğunu sağlamak için idari denetim, siyasal denetim, kamuoyu denetimi gibi denetim yolları olsa da bu konuda en etkin ve objektif denetim yargısal denetimdir.¹¹⁰

Yürütme organının eylem ve işlemlerinin yargısal denetimi konusunda uygulanan iki sistemden birincisi Anglo-Sakson ülkelerinde uygulanan "yargı birliği" sistemidir. Bu sistemde tek bir yargı organı vardır bütün uyuşmazlıklar genel mahkemelerde çözülür. İkinci sistem ise Fransa'da doğmuş olan ve Kara Avrupa'sı ülkelerinde yaygın olan "idari yargı" sistemidir. Bu sistemde yürütmenin eylem ve işlemlerinden doğan hukuki uyuşmazlıkların çözümü, genel mahkemeler dışında idare mahkemelerinde çözülür. Ülkemizde de "idari yargı" sistemi uygulanmaktadır.¹¹¹ Hukuk devleti açısından önemli olan yürütmenin eylem ve işlemlerinin tarafsız ve bağımsız yargı organlarınca denetlenmesidir. Bu sebeple hukuk devleti ilkesi hem yargı birliği hem de idari yargı sistemi ile bağdaşabilir. Her iki sistem de hukuk devletinin varlığı açısından engel teşkil etmez.¹¹² Ancak burada asıl olan, hukuk karşısında yürütmenin vatandaşlarla eşit konuma sahip olması ve ayrıcalığının bulunmamasıdır. Hukuk ve adalet neyi gerektiriyorsa yargı kararı ona göre şekillenmeli, idareye vatandaş karşısında ayrıcalık tanınmamalıdır. Bu temel esas yerine getirildikten sonra yargı sisteminin idari yargı sistemi olması veya yargı birliği sistemi olması fark etmeyecektir. Yine de şunu söylemek gerekir ki; bütün uyuşmazlıkların ayırım yapılmadan genel mahkemelerde çözülmesi ve idarenin taraf olduğu davalar için farklı mahkemeler ihdas edilmemesi sebebiyle yargı birliği sisteminin eşitlik ilkesine daha uygun olduğu kanaatindeyiz.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 8. maddesinde "Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından Anayasa ve Kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine

¹⁰⁹ Keser, a.g.e., s. 97.

¹¹⁰ Şeref Gözübüyük, (2009), Yönetmelik Yargı, Turhan Kitabevi, Ankara: s. 1.

¹¹¹ Özbudun, a.g.e., s. 114.

¹¹² Özbudun, a.g.e., s. 115.

getirilir" hükmü düzenlenmiştir. Anayasa'nın 11. maddesinde ise "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır." hükmü yer alır. Bu hükümlerden de açıkça anlaşılacağı üzere Yürütme organının Anayasa ve kanunlara uygun eylem ve işlemlerde bulunması Anayasal güvence altına alınmıştır. Bunun dışında Anayasanın 125. maddesinde "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" hükmü ile aynı maddenin son fıkrasındaki "idare, kendi eylem ve işlemlerinde doğan zararı ödemekle yükümlüdür" hükmü kişilere yargısal güvence ile idarenin eylem ve işlemlerine karşı iptal etme veya bu eylem ve işlemlerden doğan zararı tazmin etme hakkını tanımaktadır.

Yürütmenin bir kısım eylem ve işleminin yargı denetimi dışında bırakılması hukuk devletini zedeleyici niteliktedir.¹¹³ Ülkemizde Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler, Yüksek Askeri Şura Kararları, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararları, Uyarma ve Kınama Disiplin Cezaları ile Sıkıyönetim komutanının işlemleri yargı denetimi dışına çıkarılmışken, 07.05.2010 tarihli 5982 Sayılı Türkiye Cumhuriyet Anayasası'nın bazı maddelerinde değişiklik yapılması hakkındaki kanunla yapılan değişikliklerle Y.A.Ş.'in terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açılmıştır. Anayasanın 129. maddesinin 3. fıkrasında yapılan değişiklikle Disiplin kararları istisnasız yargı denetimi içine dahil edilmiş, 159. maddede yapılan değişiklikle Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu'nun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamayacağı hükmü getirilmiştir. Yapılan bu değişikliklerle yargı denetim alanı genişletilmiş ve "Hukuk Devleti"nin gelişmesi yolunda olumlu adımlar atılmıştır. Ancak halen var olan yürütmenin yargı denetimi dışında bırakılan eylem ve işlemleri hukuk devletini zedeleyici niteliktedir.

Hukuk devletinde yürütmenin bazı eylem ve işlemlerinin yargı denetimi dışında tutulması anlaşılır bir şey değildir. Hatta, meselenin açığa çıkması açısından, bu durumun devleti temsil eden ve devlet gücü kullananların işgüzarlığından başka bir şey olmadığını söylemek gerekir. Öncelikle burada devleti suçlandırmadığımızın altını çizmek istiyoruz. Zira devlet daha önce de belirtildiği üzere, ülkede yaşayanlar adına önemli işlevler gören, kurumsallaşmış bir tüzel kişilik niteliğindedir. Dolayısıyla burada

¹¹³ Keser, a.g.e., s. 100.

bir hukuk dışı uygulama varsa bu uygulama devlete ait değil, devlet olduğu zannı ile hareket eden ve bu şekilde devletin imkanlarından yararlanan şahıslara aittir. Bu sebeple ve bu açıdan hukuk dışı olduğu iddia edilen bazı eylem ve işlemler için yargı yolunun kapatılması, hukuk dışı işler yapan bu şahısları korumak anlamını taşır.

Bir diğer açıdan, vatandaşların ülke içinde huzur ve güvenliklerinin temini ile adil yönetildiklerine ilişkin inançlarının tam olması; onların kendilerini ülkeye ait hissetmeleri, kendilerini gerçekleştirmeleri, kendilerine, çevrelerindeki ve devlete daha yararlı işler yapmaları adına çok önemlidir. Haksızlığa uğramayacağından ve adaletle yönetildiğinden emin olan vatandaşlar hangi dinden, dilden, ırktan, zümreden ya da fıkirden olursa olsun aidiyet motivasyonuna kavuşacak ve böylelikle toplum barışı adına önemli bir merhale aşılmış olacaktır. Dolayısıyla sorumuz olan bazı eylem ve işlemlerin yargı denetimi dışına bırakılma konusu, eşitlik dışı uygulamalar ve ayrımcılık yapılması sorunu ile de yakından irtibatlıdır. Bu konuda iyi bir sınav verdiğini söyleyebileceğimiz ABD toplum ve devlet yapısını örnek gösterebiliriz. ABD'de bir çok farklı ırk, dil, din ya da düşünceden insan yaşamaktadır. Ancak genel anlamda bakıldığında bu farklı insanların bir arada barış içerisinde yaşayabildiklerini, yaşamlarını sürdürürken devletin onlara kendilerini gerçekleştirebilmeleri için gerekli imkanları sunduğunu, bu şekilde toplum barışının temin edildiğini ve aynı zamanda toplum ve devletteki gelişimin süregeldiğini söyleyebiliriz. Benzer bir örneği Osmanlı toplumu için de vermek mümkündür. Buna göre Osmanlı'da da çok farklı etnik yapıda olan insanlar kendilerini gerçekleştirme imkanı bulabilmiş, bir Sırp ya da bir Ermeni devletin en üst kademesinde devlet görevi yapabilmiş ve böylece yüzyıllar süren bir devlet gücü, geleneği ortaya çıkmıştır. Kanaatimizce ayrımcılık yapmama ve eşitlik ilkesi açısından, çağının hukuk anlayışı dikkate alınarak, Osmanlı'nın durumu da ileri bir seviyededir. Açıkladığımız sebeplerle, devleti temsil edenlerin ayrımcılık yapması ve adeta kompleks göstererek bazı eylem ve işlemler için yargı yolunu kapaması doğru bir uygulama olarak kabul edilemez.

Bu tür sakıncaların giderilmesi, hukuksuzluk ve keyfiliğin önlenmesi adına hukuk dışı eylem ve işlemler sebebiyle devletin sorumluluğu yoluna gidilmesinin yanında, hukuk dışı eylem ve işlemi gerçekleştiren devlet görevlisinin de sorumluluğu yoluna gidilmelidir. Anayasamızın 40. maddesinin son fıkrasında bu sorumluluk ve rücu

hakkı düzenlenmiştir. Bu fıkra "Kişinin resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, devletçe tanzim edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır." hükmü yer alır. A.Y.'nın 129/5. maddesinde geçen "Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir." hükmü de A.Y.'nın 40. maddesindeki hüküm gibi devletin sorumluluğunu ve aynı zamanda kamu görevlisine rücu hakkını düzenlemiştir. Bahsi geçen rücu hakkının kullanılması için kamu görevlisinin hizmet kusurunun varlığı değil, kişisel kusurunun varlığı aranmaktadır. Yine de devlet adamlarının ve kamu görevlilerinin sorumluluk bilincinin gelişmesi ve bununla birlikte yürütmenin eylem ve işlemlerinin hukuk dışına çıkmaması için rücu hakkı önemli görülmektedir.

Yürütmenin eylem ve işlemlerinin tam anlamı ile yargı organlarınca denetlenebilmesi için, denetimi yapan hakim ve savcıların yürütmeden bağımsız olmaları gerekmektedir. Yargı bağımsızlığını sağlamanın öncül koşulu hakim ve savcıların özlük haklarının yürütmeden bağımsız olarak belirlenmesi, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatının muğlaklığa meydan vermeden reel olarak sağlanması gerekir. Ancak ülkemizde uygulamada yürütme, hakim ve savcılarla ilgili bir çok düzenleme de belirleyici durumdadır. Hakim ve savcılarının maaşları yürütme tarafından belirlenmekte, yürütme organı hakim ve savcılarının disiplin kovuşturması, görev yerlerinin değiştirilmesi ve sair özlük haklarının belirlenmesi konusunda Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na baskı yaparak belirleyici rol oynayabilmektedir. Durum böyle iken ülkemizde tam anlamıyla yargı bağımsızlığından ve yürütmenin eylem ve işlemlerinin yine tam anlamıyla yargı tarafından denetlenmesinden maalesef söz edilemez. H.S.Y.K.'nın başkanının Adalet Bakanı olması, Müsteşarın doğal üye olması ve kurulun siyasi baskılara açık halde olması sebebiyle tam anlamıyla bağımsızlık güvencesi altında olduğunu savunmak da pek mümkün değildir.¹¹⁴

1.4.3.2. Yasamanın Yargısal Denetimi

Hukuk devletinin bir diğer unsuru yasamanın yargısal denetimi yani yasama organının çıkarmış olduğu kanunların anayasaya uygun olup olmadığının Anayasa

¹¹⁴ Keser, a.g.e., s. 103.

Mahkemesi tarafından denetlenmesidir. Dolayısıyla yasamanın yargısal denetimi hukuk devletinin korunmasına ayrı bir çeper görevi görmektedir. Ancak bunun için öncelikle olması gereken, hukuk devletinin temel ve evrensel ilkelerine uygun bir anayasanın var olmasıdır. Meclis insanlığın kazanımlarına, hukukun evrensel ilkelerine ve çağın tabii hukuk anlayışına ters düşmemeye özen göstermeli, anayasa da bu ilkelere uygun olarak şekillendirilmelidir. Eğer ülkenin bu özellikleri barındıran bir anayasası varsa bundan sonra hukuk devletinin gerçekleşebilmesi, yürütme işlemlerinin mevzuata uygunluğunun yanında, yasama işlemlerinin de anayasaya uygunluğunun yargı organlarınca denetlenmesine bağlıdır.¹¹⁵ Zira, gerçek bir demokraside, azınlıklara tanınan güvenceler yasama organı tarafından bile kolayca değiştirilemeyecek yazılı bir anayasa ile korunur ve anayasa yargısı tarafından denetlenir.¹¹⁶

Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı anayasacılığın ve hukuk devletinin bir gereğidir. Birçok yazar anayasanın var olma sebebini, devlet iktidarının sınırlanması ve temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması olarak ifade etmiştir.¹¹⁷ Erdoğan, anayasanın bağlayıcılığını, bütün kamu otoritelerinin faaliyetlerinde anayasal normlara uymak zorunda olması olarak, anayasanın üstünlüğünü ise anayasanın dışında yetki olmaması, devlet ve diğer kamu otoritelerinin hukuki varlıklarının kaynağının anayasa olması olarak açıklamıştır.¹¹⁸ Anayasanın üstünlüğü ilkesini anayasanın yazılı olması, katı anayasa olması ve kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi yolları ile sağlamak mümkün olmaktadır.¹¹⁹ Ancak, anayasa meydana getirilirken ve anayasa değişikliğine gidilirken, dikkat edilmesi gereken insan hak ve özgürlükleri ile adalet ve hukuk gözetilerek, evrensel hukuk ilkelerine göre tabii hukuk anlayışının esas alınmasıdır. Aksi halde, yani insan hak ve özgürlüklerinin esas alınmadığı ve adaletin gözetilmediği bir anayasanın varlığı halinde, ülkede anayasanın üstünlüğünün, bağlayıcılığının ve anayasa yargısının varlığının bir önemi olmayacaktır.

Anayasa yargısı, ilk olarak A.B.D.'de devletin federal yapıya sahip olmasından kaynaklanan sebeplerle ortaya çıkmış, daha sonraları ise insan hak ve hürriyetlerinin

¹¹⁵ Özbudun, a.g.e., s. 118.

¹¹⁶ Ergun Özbudun, (2014), Yargı Bağımsızlığı ve Anayasa Yargısı, *HUKAB*, Sayı: 10, Ankara: s. 5.

¹¹⁷ Onur Sır, (2010), *Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi*, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir: s. 127.

¹¹⁸ Sır, a.g.e., s. 129.

¹¹⁹ Sır, a.g.e., s. 129.

korunmasında anayasa yargısı önemli işlevler görmüştür. Avrupa'da ise 2. Dünya Savaşı'nda yaşanan acı tecrübeler sonrası insan hak ve hürriyetlerinin etkin bir şekilde korunmasını sağlamak amacıyla anayasa yargısı gündeme gelmiştir. Kıta Avrupa'sında demokratik hukuk devleti yönelimli gelişmeler ve insan haklarını koruma çabası anayasa yargısının gelişiminin ve yaygınlaşmasının başlıca sebepleridir.¹²⁰

Anayasamızın 148.maddesinin 1. fıkrasında hangi normların denetim kapsamına girdiği belirtilmiştir. Bu fıkra "Anayasa mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi iç tüzüğünün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Ancak, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa mahkemesine dava açılmaz." denmektedir. Normların anayasaya uygunluğunun denetiminde, soyut norm denetimi(iptal davası) ile somut norm denetimi(itiraz yolu) kabul edilmiştir. Buna göre soyut norm denetimi, anayasada belirtilen belirli bazı organların bir norm aleyhinde ve bir somut davaya bağlı olmaksızın Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesidir.¹²¹ Somut norm denetimi ise mahkemede görülmekte olan bir dava sırasında, o davada kullanılacak hukuk normunun, taraflarca ya da re'sen mahkemece anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne götürülmesi yoludur.¹²²

Anayasa yargısında, temel hak ve özgürlüklerin korunmasının daha etkin hale getirilebilmesi için, soyut norm denetimi ve somut norm denetiminin yanında, bireysel başvuru(anayasa şikayeti) yolu getirilmiştir. Bireysel başvuru yolunda bireyler, hak ihlallerine karşı bizzat Anayasa Mahkemesi'ne başvurabileceklerdir. Ülkemizde bireysel başvuru hakkı, T.B.M.M.'de kabul edildikten sonra 13 Mayıs 2010 tarihli halk oylamasından geçerek yürürlüğe giren kanunla beraber kabul edilmiştir. Temel hak ve özgürlüklerin korunması hedefi için soyut ve somut norm denetimi dolaylı yollar olarak görülürken; bireysel başvuru yolu, doğrudan bu hedefi gerçekleştirmeye yönelik bir yol olarak karşımıza çıkmakta ve bu sebeple anayasa yargısının temel hakları korumada ulaşılan gelişmişlik seviyesinin son merhalesi olarak görülmektedir.¹²³

¹²⁰ Yavuz Atar, (2010), Anayasa Mahkemesinin Yeniden Yapılandırılması, *Yargı Raporu-Demokratikleşme Sürecinde Yargı Kurumları*, Stratejik Düşünce Enstitüsü, Öncü Basım Evi, Ankara: s.6.

¹²¹ Odyakmaz vd., a.g.e., s. 210.

¹²² Odyakmaz vd., a.g.e., s. 211.

¹²³ Akif Tögel, (2013), Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolu'nun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Yapılan Başvurulara Etkisi, *Akademik Teklif- Hukuk ve İdari Bilimler Dergisi* , Yıl: 1, Sayı:

Anayasa yargısının varlığı yasama organının hukuk içinde olmasını sağlamak ve yasama organını dikkatli davranmaya sevk etmek açısından önemlidir.¹²⁴ Günümüzde parlamento çoğunluğuna dayanarak istediği düzenlemeyi yapabilme olanağına sahip yürütmenin var olduğu temsili demokrasilerde yürütme organı ile yasama organı arasındaki çizgi giderek kaybolmuştur. Bu durum parlamento denetimini de etkisizleştirmektedir. Bu nedenle yargı denetimi ve anayasa yargısı önem taşımaktadır. Maalesef ülkemizde ve benzer ülkelerde yasaların hukukun temel prensiplerine dayanmaması ve hak ve özgürlükleri ihlal etmesi sıkça karşılaşılabilen bir durumdur. Bu durumun oluşmasında parlamentodaki milletvekillerinin nitelikleri de önemli bir diğer etken olarak karşımıza çıkmaktadır. Yasama organında görev alan milletvekillerinden yasa yapma konusunda gerekli niteliğe haiz olmaları beklenmelidir. Oysa milletvekilleri belirlenirken siyasal partilerin belirledikleri adaylarda aranan özellik daha çok "partiye bağlılık" özelliğidir. Bu sebeple de kanunlar iktidar partisi politikalarına endeksli olarak çıkar ve milletvekillerinin işlevi "parmak kaldırma"dan öteye gidemez. Birçok milletvekili parmak kaldırarak çıkmasına aracılık ettiği kanunun ne olduğunu ve ne anlama geldiğini dahi bilmemektedir. Bunun dışında gerçekten donanımlı ve nitelikli olan milletvekilleri de çoğu zaman, parti içi disiplini sebebiyle, rızası olmadığı halde birçok kanunun çıkmasına aracılık edebilmektedir. Meclisin niteliği ve partizan politikalarla parti içi disiplini sorunu yasamadan kaynaklı hukuk ihlallerine sebep olabilmektedir. Bu şekilde oluşan hukuk ihlallerinin önüne geçilmesi ve çoğunlukçu demokrasi yönetimine karşı azınlık haklarının korunmasında anayasa yargısının önemi büyüktür.¹²⁵

Dünyada anayasacılık hareketleri ülkelerin özgün şartlarına göre farklılık gösterse de, söz konusu anayasacılık hareketlerinin ortak yönü "devlet kudretinin sınırlandırılması"dır. Anayasacılık iktidarı bölerek, iktidar faaliyetlerine etkin sınırlama ve kısıtlamalar getirmektedir.¹²⁶ Yasama faaliyetinin geçerliliği onun anayasaya uygun olmasına bağlıdır ve yasama yetkisi anayasa ile sınırlıdır. Bunun sebebi siyasal iktidarı elinde bulunduran siyasal partinin keyfi kararlarının ve uygulamalarının önüne

1, Ankara: ss. 62-63.

¹²⁴ Artun Ünsal, (1980), *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, No: 443, Ankara: s.327.

¹²⁵ Keser, a.g.e., s. 105.

¹²⁶ Friedrich, a.g.e., s. 190.

geçmektir. Zira parlamenter demokrasilerde seçimi kazanan parti yasama çoğunluğunu da genellikle eline geçirmektedir. Yürütme organı da bu siyasal parti mensuplarından oluşur. Duverger'in tespiti ile de sabit olduğu üzere hem yasama organının hem de yürütmenin kontrolü bu siyasal partinin eline geçebilmektedir.¹²⁷ İşte anayasa özellikle bu durumda çoğunluğun antidemokratik ve hukuk dışı uygulamalarına karşı azınlığı koruma işlevi görür. Bu işlevse ancak yargısal denetim yoluyla hayata geçirilebilir.

1.4.3.3. Temel Hak ve Özgürlüklerin Güvence Altına Alınması

Temel hak ve hürriyetler bireylerin sırf insan olmalarından kaynaklanan, kişiye sıkı sıkıya bağlı, devredilemeyen ve vazgeçilemeyen haklardır. Temel hak ve hürriyetler insan hakları olarak da adlandırılmaktadır. Doğal hukuk anlayışının ürünü olan insan hakları ideal alandan çıkıp pozitif hukuka doğru gelişim göstermektedir.¹²⁸ İnsan haklarının çeşitliliği ve temel hak ve özgürlüklerin sürekli gelişim içinde olması göz önünde bulundurulduğunda bu konuda bir sınıflandırma modelinin zorluğu anlaşılacaktır.¹²⁹ Bu nedenle temel hak ve özgürlükler konusunda farklı farklı sınıflandırma biçimleri ortaya çıkarılmıştır.

Jellinek'in klasik insan hakları tasnifi uzun yıllar kabul edilmiş ve 1982 Anayasasında da benimsenmiştir. Bu tasnife göre Negatif Statü Hakları, devlete negatif bir tutum ve bireylere karışmama ödevi yükleyen haklardır.¹³⁰ 1982 Anayasası 2. kısmının 2. bölümünde düzenlenmiştir. Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı, zorla çalıştırma yasağı, kişi hürriyeti ve güvenliği, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı gibi haklardır.

Pozitif Statü Hakları, bireylere karşı devlete olumlu yönde bir davranış sergileme yükümlülüğü yükleyen haklardır. 1982 Anayasa'sının 2. kısmının 3. bölümünde sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler olarak düzenlenmiştir. Ailenin korunması, eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi, çalışma ve sözleşme hürriyeti, sosyal güvenlik hakları gibi haklardır.

¹²⁷ Sır, a.g.e., s. 196.

¹²⁸ İpek, a.g.e., s.111.

¹²⁹ İpek, a.g.e., s.111.

¹³⁰ İpek, a.g.e., s.112.

Aktif Statü Hakları, vatandaşın siyasal görüş ve tutumlarını açıklayabilme, siyasal örgütlenme, seçimlere katılabilme özgürlükleridir.¹³¹ 1982 Anayasa'sının 2. kısmının 4. bölümünde siyasal haklar ve ödevler olarak düzenlenmiştir. Seçme, seçilme ve siyasal faaliyette bulunma hakları, parti kurma, partilere girme ve partilerden ayrılma hakkı, gibi haklardır.

1982 anasasında, 1961 Anasasında kullanılan "insan haklarına dayalı devlet" ifadesinin yerine "insan haklarına saygılı devlet" ifadesi kullanılmıştır.¹³² Özbudun'a göre iki deyim arasında temel bir anlatım farkı yoktur.¹³³ Ancak Mümtaz Soysal gibi bazı yazarlara göre iki Anayasa'nın insan haklarına bakış açısında köklü bir fark vardır.¹³⁴ İnsan haklarına saygılı devlet, insan haklarına karşı dikkatli,özenli ve ölçülü davranan, insan haklarının üstünlüğü ve kutsallığını kabul etmiş devlet¹³⁵ olarak kabul edilirse iki deyim arasında pek bir fark ortaya çıkmayacaktır. Ancak burada asıl olan, deyimlerin farklılığından çok, özellikle devlet iktidarını elinde bulunduranların insan haklarına karşı göstermiş olduğu hassasiyetin ölçüsü ve toplumdaki insan hakları kültürünün varlığının tezahürüdür.

İnsan hakları kültürü yönetenlerde ve toplumda içselleştirilmediği sürece mevzuatta var olan hükümler de uygulanmamaya veya kötüye kullanılmaya açık olacaktır. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi veya Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi gibi insan hak ve özgürlüklerinin gelişimi yönünde hazırlanmış olan belgeler erdemliliğin ürünü olarak hazırlanmıştır ve özellikle batı ülkelerinde yaşamsal olmuş ve gelişim kazanmıştır. Ülkemizde de ihtiyacımız olan bu erdemliliğin siyasal ve sosyal alanda hakim unsur haline gelmesidir. Bununla birlikte bir hukuk devletinde temel hak ve özgürlüklerin anayasal güvenceye bağlanması ve yasaların anayasaya uygunluğunun denetimi gerekmektedir. Ancak bu şekilde temel hak ve özgürlüklerin korunması mümkün olabilir. Anayasa Mahkemesi temel hak ve özgürlüklerin tanınması ve korunmasına ilişkin verdiği kararlarda, hukuk devleti ve

¹³¹ İpek, a.g.e., s.112.

¹³² Odyakmaz vd., a.g.e., s. 54.

¹³³ Odyakmaz vd., a.g.e., s. 54.

¹³⁴ Kemal Gözler, (2010), *Anayasa Hukukuna Giriş Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku*, Güncelleştirilmiş 16. Baskı, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa: s. 218.

¹³⁵ Odyakmaz vd., a.g.e., s. 55.

insan hakları kavramlarını birlikte değerlendirmiştir.¹³⁶ Hukuk devletini insan haklarından bağımsız düşünmek mümkün değildir ve aynı zamanda devlet vatandaşlarının hak ve özgürlüklerini gerçekleştirdiği oranda hukuk devletidir. Özetle söylemek gerekirse, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmadığı bir anayasaya anayasa demek mümkün olmadığı gibi, böyle bir devlete hukuk devleti demek de mümkün olmayacaktır.

1.4.3.4. Yargının Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı

1.4.3.4.1. Genel Olarak Yargının Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı

Yargı bağımsızlığı ve yargı tarafsızlığı kavramları genellikle birlikte anılan ve birbirleriyle ilişkili olan kavramlardır. Davaların bağımsız ve tarafsız mahkemelerde görülmesi, adil yargılanma hakkının bir gereği olarak görülmüştür.¹³⁷ Bununla birlikte, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığına yönelik olarak, farklı iktidar odaklarının tehditi, her zaman olmuştur. Temel hak ve özgürlüklerin teminatı niteliğindeki yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığına yönelik en büyük tehdit ise yürütmeden kaynaklanmaktadır. Hakimlerin bağımsızlıklarını ve tarafsızlıklarını kaybetmeleri sıkça yürütmenin lehine ama temel hak ve özgürlüklerin aleyhine karar vermeleri sonucunu doğurur.¹³⁸

Hakimlere görev güvencesinin tanınmış olması, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının temel koşulu olarak görülmüştür.¹³⁹ Bunun dışında yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı konuları hakim ve savcılarının nitelikleri ile de doğrudan ilgilidir. Buna göre yargıçlar her durum ve şartta bağımsız davranabilme duruş ve iradesini gösterebilmeli ve tarafsızlıklarını koruyabilecek kalite ve niteliği taşımalıdır. Bunun için nitelikli ve liyakatli hakim, savcı istihdamı meselesi önem kazanmıştır. Bağımsız ve tarafsız bir biçimde kamu veya özel hukuk alanında her türlü uyumsuzluğu adilane bir

¹³⁶ Keser, a.g.e., s. 81.

¹³⁷ Nevin Ünal Özkorkurt, (2008), Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiye'sinde Yargıya Genel Bir Bakış, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 57, Sayı: 1, Ankara: s. 226.

¹³⁸ Hasan Dursun, (2009), *Nasıl Bir Yargı Reformu*, Adalet Yayınevi, Ankara: s. 31.

¹³⁹ Dursun, a.g.e., s. 35.

şekilde çözecek analitik bazlı bir yargıya ulaşma hedefi bahsi geçen hakim ve savcılarının ideali olmalıdır.¹⁴⁰ Adalet mekanizmasının asıl amacı da, etkin ve verimli bir yargı süreci sonunda vicdanen verilmiş adil kararlar ile toplumsal barışın sağlanması ve kamu düzeninin korunmasıdır. Bunun için nitelikli personelin en uygun şekilde yargı mekanizmasına dahil edilmesi bir zorunluluktur.¹⁴¹ Bağımsız ve tarafsız yargı ancak bahsi geçen nitelikli hakim, savcı istihdamı ile mümkündür.

Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının dayandığı temel kavramlardan birisi de "tabii hakim" ilkesidir. Tabii hakim ilkesi hukuk devletinin egemen olduğu bütün ülkelerde anayasal güvence altına alınmıştır.¹⁴² Anayasamızın 37/2 maddesinde "bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önünde çıkarma sonucunu doğuran yargılama yetkisine sahip olağanüstü mahkemeler kurulamaz" denilmektedir. Buna göre devletin olağanüstü mahkemeler kurması yasaklanmıştır. Bu şekilde yasama organının yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığını ihlal etmesinin önüne geçilmeye çalışılmıştır. Yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı kavramları ülkede yargıya duyulan güvenle de çok yakın ilişki içinde olan kavramlardır. Bağımsız ve tarafsız bir yargının olmadığı veya böyle bir olumsuz algının egemen olduğu ülkelerde yargıya güven duygusu da olmayacaktır.

1.4.3.4.2. Yargının Bağımsızlığı

Yargı bağımsızlığının kelime anlamı, yargı veya yargıcın özerk olup, yasama yürütme veya diğer herhangi bir dış gücün diktesine bağımlı olmaması olarak ifade edilmiştir.¹⁴³ Yargıca baskı yapılması kadar baskı yapılması olasılığının olması da yargı bağımsızlığını zedeleyicidir. Yargının bağımsız olması onun erk olmasının gereği ve sonucudur. Aynı zamanda hukuk devletinin de ön koşuludur. Zaten yargı erkinin amacı hukuk düzeninin korunması ve adaletin gerçekleştirilmesi olarak ifade edilmiştir.¹⁴⁴ Yargı diğer erklerle kıyaslandığında hukuk adına son sözü söylemesi itibarıyla eşitler

¹⁴⁰ Serhat Sinan Kocaoğlu, (2011), Türkiye Cumhuriyeti Yargı Sisteminin Temel Sorunu "Hakim (Savcı) Niteliği" ve Bu Hususta Eklektik Bir Çözüm Önerisi (Kassandra'nın Çılgılığı), *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 69, Sayı: 2011/3, Ankara: s. 23.

¹⁴¹ Kocaoğlu, a.g.m., s. 29.

¹⁴² Muharrem Özen, (2010), Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 68, Sayı: 2010/1, Ankara: s. 38.

¹⁴³ Dursun, a.g.e., s. 26.

¹⁴⁴ Birol Kırmaz, (2009), *Avrupa Birliği Sürecinde Hakimlerin Denetimi ve Yargı Bağımsızlığı*, Adalet Yayınevi, Ankara: s. 22.

arasında öncül durumda olan kuvvettir. Yasama ve yürütme organlarınca tesis edilen işlemlerin hukuka uygunluğunu denetleme konumunda olan yargı, bu organlara karşı bağımsız durumda değilse işlevini tam anlamıyla yerine getiremez. Dolayısıyla da yargı bağımsızlığı sağlanamamış veya güvence altına alınamamış bir sistemde hukuk devletinden bahsetmek mümkün değildir.¹⁴⁵ Turhan, yargıçların bağımsızlığı ile yasaların genelliği arasında ilişki olduğunu ifade eder.¹⁴⁶ Yasaların genelliği kişiye özel kanunlar yapılmamasını, herkesi eşit kapsayan kanunlar yapılmasını yani kanun yaparken ayrımcılık yapılmamasını gerektirir. Franz Neumann, "Eğer yasa koyucu kişisel emirler verebiliyorsa, şu veya bu adamı tutuklayabiliyorsa, şu veya bu mülkü kamulaştırabiliyorsa yargıçların gerçekte bağımsız olduklarından söz edebilmek olanaksızdır." demektedir.¹⁴⁷

Hakimlerin bağımsızlığı ile yargı bağımsızlığı kavramları eş anlamlı olarak kullanılmaktadır.¹⁴⁸ Yargı bağımsızlığı mahkemelerin ve hakimlerin, hiçbir organa ve makama bağlı olmadan, hiç kimseden emir ve talimat almadan, hiçbir yerden genelge, telkin ve tavsiyeye muhatap olmadan faaliyetlerini mevzuata uygun olarak ve vicdani kanaatleri doğrultusunda yerine getirme güvencesine sahip olmaları şeklinde de tanımlanmıştır.¹⁴⁹ Kararlarını verirken özgür olan, her türlü endişeden, maddi ve manevi baskı ve etkilerden uzak olan yargıçlar kişilerin hak ve özgürlüklerinin de güvencesi konumundadır.¹⁵⁰ Çünkü, sadece yargı bağımsızlığının sağlandığı bir ülkede kanun önünde eşitlik prensibi hayata geçirilebilir. Yargı bağımsızlığı ilkesi ile kişilerin güç ve imkanlarına bakılmaksızın eşit yargılanmaları ve güçsüz olanın güçlü olandan korunması mümkün olabilir.¹⁵¹ Ancak bunun gerçekleşebilmesi için ülkede hakimlik teminatının sağlanmış olması zorunludur. Zira hakimlik teminatının sağlanmadığı ülkelerde yargı bağımsızlığından da söz edilemez. Ülkeler, genel olarak anayasalarında, yargı bağımsızlığını korumak için hakim güvencesini kabul etmiştir. Anayasamızın hakim güvencesini düzenleyen 139. maddenin 1. fıkrası hükmü "hakimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından

¹⁴⁵ Kırmaz, a.g.e., ss. 213-14.

¹⁴⁶ Mehmet Turhan, (1997), *Anayasal Devlet*, 1. Baskı, Gündoğan Yayınları, Ankara: s. 29.

¹⁴⁷ Turhan, a.g.e., s. 29.

¹⁴⁸ Kırmaz, a.g.e., s. 15.

¹⁴⁹ Kırmaz, a.g.e., s. 15.

¹⁵⁰ Turhan, a.g.e., s. 28.

¹⁵¹ Çetin Aşçıoğlu, (1996), Yargıda Temel Sorun Doğru ve Güvenli Yargılama Hakkı, *Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı*, Sayı: 10, Ankara: s. 353.

yoksun bırakılamaz." demektedir. Anayasamızda hakimlere tanınan güvencelerin savcılara da tanındığı görülmektedir. İşlevleri ve yetkileri farklı olan bu iki mesleğin güvencelerinin aynı olması yargılamada taraf durumunda olan savcıcıyı güçlendirici ve yargı ve yargıç bağımsızlığını tehdit edici özellikte görülmüştür. Ancak, bu endişede haklılık payı olmakla birlikte, görevlerinin niteliği itibarıyla büyük oranda yargı hizmeti gören savcılarının da yargı faaliyetleri dolayısıyla güvencelerinin olması gerekmektedir.

Anayasada hakimlerin azlolunamayacağının hükme bağlanması önemlidir. Ancak A.Y.'nın 139/2 maddesinde meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olma, görevin sağlık nedeniyle yerine getirilememesi ve meslekte kalmalarının uygun olmaması azlolunamamaya istisnalar olarak getirilmiştir. Özellikle "meslekte kalmalarının uygun olmaması" istisnası dikkate alındığında azledilmemenin içinin boşaltılmış olduğu, özellikle siyasi saiklerle istismara açık olduğu ve azledilmemenin işlevini kaybetmiş olduğu anlaşılabacaktır. Ayrıca Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 69. maddesinde meslekten çıkarma için mahkeme kararı birçok halde ön şart olarak düzenlenmişken "disiplin cezasının uygulanmasını gerektiren fiil suç teşkil etmezse ve hükümlülüğü gerektirmese bile mesleğin şeref ve onuru, memuriyet nüfuz ve itibarını bozacak nitelikte görüldüğü takdirde de meslekten çıkarma cezası verilir" ifadesi de mahkeme kararı olmadan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na meslekten çıkarma yetkisi verilmesi azledilmezlik ilkesini zedeleyen bir diğer durumdur.

Anayasa'da hakime tanınan bir diğer güvence ise hakimlerin kendileri istemedikçe 65 yaşını bitirmeden önce emekliye ayrılamamasıdır. Ancak bu güvenceye de HSK'nın 44. maddesinde istisna getirilmiş ve Anayasa'nın 139/son maddesinde yer alan "meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar ve meslekte kalmalarının uygun olmayacağına karar verilenler" halleri istisna olarak belirlenerek 65 yaşından önce emekliye sevk edilmeme güvencesi de işlevsiz hale getirilmiştir.

Anayasada hükme bağlanan bir diğer güvence de hakimlerin özlük haklarından yoksun bırakılamamasıdır. A.Y.'nın 139. maddesine göre "Hakimler ve Savcılar bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz." Hakimlerin taraflardan gelecek etkiye karşı bağımsızlıklarını koruyabilmeleri için maddi sıkıntıdan uzak olacak bir maaş seviyesinde maaşının olması

ve belirli bir refah seviyesine ulaşmış olması gerekir. Bununla birlikte hakimlerin aylık ve ödeneklerinin tespiti konusu yürütme ve yasama organlarınca yargı üzerinde bir baskı aracı olarak kullanılmaya elverişlidir.¹⁵² Bu sebeple hakimlerin yasama ve yürütmeye karşı bağımsızlığını güvence altına alacak yollardan biri de, hakimlerin maaşlarının ve özlük haklarının yürütmeden bağımsız bir kurul tarafından belirlenmesidir. Aksi halde ülkemizde yaşandığı gibi, hakimlerin maaşlarının yasama ve tabii olarak yürütme tarafından belirlenmesi halinde, maaş konusu yargı üzerinde bir baskı aracı halini alacaktır.

Ayrıca sair özlük hakları konusunda ülkemizde belirleyici olan HSYK'nın yürütmeden ari olması ve tam bağımsız olarak hareket etmesi de yargı bağımsızlığı açısından zorunludur. Ancak ülkemiz açısından HSYK'nın bağımsızlığından bahsetmek pek mümkün gözükmemektedir. Zira HSYK üyelerinin belirlenmesinde yürütme çok etkin role sahiptir. Bunun dışında yürütme temsilcisi Adalet Bakanı kurulun başkanı ve Adalet Bakanlığı Müsteşarı da doğal üyesidir. Tabii bu durumda HSYK'nın mutlak manada yürütmeden bağımsız olduğunu söylemek pek mümkün değildir. Aslına bakılırsa her devlet organı gibi yargının da denetlenmesi, yargıda keyfiliğin önlenmesi ve hesap verilebilirliğin sağlanması adına gereklidir. Ancak bu denetimin yargının bağımsızlığına gölge düşürmeden gerçekleşmesi sağlanmalı ve yargının hiçbir kurum, kişi, organ ya da makamın etkisi altına alınamaması ilkesi göz ardı edilmemelidir.¹⁵³ Yönetilenlerin yasama ve yürütme organları karşısında en temel güvencesinin bağımsız yargı olduğu unutulmamalıdır.¹⁵⁴ Bunun için yargıyı denetleyecek olan kurulun yasama ve yürütmeden bağımsız bir şekilde teşekkül ettirilmesi ve bu şekilde faaliyetlerini gerçekleştirmesi yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatının güvence altına alınması adına önem taşımaktadır.¹⁵⁵ Bu konuda son olarak, ülkemizde HSYK üyelerinin belirlenmesinde hakim ve savcılar arasında gerçekleştirilen seçimin bağımsızlık adına olumlu bir gelişme olduğu söylenebilir.

Yargı bağımsızlığı açısından hakimlere verilmesi gereken diğer bir teminat da coğrafi teminattır. 82 Anayasa'sında belirgin olarak ifade edilmese de Anayasa'nın 140.

¹⁵² Eşref Ünal, (1994), *Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı*, T.B.M.M. Kültür Sanat Yayınları, Ankara: s. 46.

¹⁵³ Mehmet Zülfü Öner, (2013), *Hakim ve Savcılar Denetimi*, HUKAB, Sayı: 4, Ankara: s. 66.

¹⁵⁴ Öner, a.g.m., s. 67.

¹⁵⁵ Öner, a.g.m., s. 68.

maddesinin 3. fıkrasında "Hakim ve savcıların görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunda düzenlenir" demek suretiyle bir güvence belirlenmiştir. Bu konuda hakimlerin istek dışı ve keyfi nakledilmeleri halinde coğrafi teminata sahip olmayacaklarını ve bağımsızlıklarına gölge düşeceğini söylemek yanlış olmayacaktır.¹⁵⁶

Anayasa'mızın 138. maddesinde Hakimlerin görevlerinde bağımsız olduğu ve hiçbir organ, makam, merci veya kişinin yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı hüküm altına alınmıştır. Aynı maddenin 3. fıkrasında Yasama organına karşı bağımsızlık güvence altına alınmış, 4. fıkarda ise mahkeme kararlarına uyma zorunluluğu, mahkeme kararlarının değiştirilemeyeceği ve geciktirilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Yargı bağımsızlığının temelinde kuvvetler ayrılığı ilkesi vardır. Yargı erkinin, yasama ve yürütme organından bağımsız bir niteliğe sahip olması kişi hak ve hürriyetleri açısından gereklidir. Bu açıdan anayasal güvencelerin de anayasamızda mevcut olması önem taşımaktadır. Ancak bu güvencelerin sair mevzuat ve uygulamalarla desteklenmesi ve bir yaşam kültürü haline gelmesi gerektiği hususu göz ardı edilmemelidir.

Yargı bağımsızlığı hem organik hem de işlevsel anlamda gerçekleşmelidir. Erdoğan'a göre organik bağımsızlık, mahkemelerin yasama ve yürütme organlarından bağımsız olarak örgütlenmesi ve kendi özlük işlerini yine kendilerinin yürütmesi anlamına; işlevsel bağımsızlık ise, hakimlerin görevlerini yerine getirirken hiçbir makam ve merciden emir ve talimat almadan tamamen bağımsız olarak hukuka ve vicdani kanaatlerine göre hareket edebilmeleri ve karar verebilmeleri anlamına gelir.¹⁵⁷ Ancak hakimin bağımsız olması onun keyfi olarak karar verebileceği anlamına gelmez. Anayasa'nın 138/1. maddesinde hakimlerin anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri belirtilmiştir. Dolayısıyla hakimler hukuka ve mevzuata uymak zorundadırlar. Aynı zamanda yargıçların görevi hukuk tesis etmek olup görevleri dışında ülkeyi ve ulusu kurtarmak gibi bir görevleri yoktur. Böyle bir durumda rejimin adı demokrasi değil "dikastokrasi" yani "yargıçlar hükümeti" olur.¹⁵⁸

¹⁵⁶ Ferman Demirkol, (1991), *Yargı Bağımsızlığı*, Kazancı Yayınları, İstanbul: s. 121.

¹⁵⁷ Kaçar Kızılar, a.g.e., s. 52.

¹⁵⁸ Dursun, a.g.e., s. 31.

Ancak unutulmamalıdır ki, yargıçların gerçek görevlerini yapması ve bununla birlikte ülkede hukuksuzluklara karşı yargı sisteminin işler, yetkili ve etkili olması ülkede hukuk ve adaletin tesisi adına vazgeçilmezdir. Ülkede adaletin tesisi ise, sosyal, ekonomik ve sair yönlerden gelişimin yollarını açacaktır.

Yargı etiği ile ilgili 2003/43 sayılı Birleşmiş Milletler Bangalore Yargı Etiği İlkeleri 2001 yılında Hindistan'ın Bangalore Şehrinde Yargısal tutarlılığın kuvvetlendirilmesi hakkındaki yargı grubu tarafından taslak olarak kabul edilmiştir. Bangalore ilkeleri, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun 23 Nisan 2003 tarihli oturumunda kabul edilmiştir. Burada kabul edilen Bağımsızlık ilkesine göre;

"Yargı bağımsızlığı, hukuk devletinin ön koşulu ve âdil yargılamanın temel garantisidir. Bundan dolayı hâkim, hem bireysel hem de kurumsal yönleriyle yargı bağımsızlığını temsil ve muhafaza etmelidir.

Uygulama'da;

1- Hâkim, doğrudan ya da dolayısıyla her hangi bir sebeple ya da her hangi bir yerden gelen müdâhale, tehdit, baskı, teşvik ve tüm hâricî etkilerden uzak, hâkimin olayları değerlendirmesi temelinde, vicdânî hukuk anlayışı ile uyum içerisinde bağımsız olarak yargısal işlevini yerine getirmelidir.

2- Hâkim, genelde toplumdan, özelde ise karar vermek zorunda olduğu ihtilâfin taraflarından bağımsızdır.

3- Hâkim, yasama ve yürütme organlarının etkisi ve bu organlarla uygun olmayan ilişkilerden fiilen uzak olmakla kalmayıp, aynı zamanda öyle görünmelidir de.

4- Hâkim, yargısal görevlerini yerine getirirken, tek başına karar vermek zorunda olduğu hususlarda diğer yargıçlardan da bağımsızdır.

5- Hâkim, yargının kurumsal ve eylemsel bağımsızlığını sürdürmek ve arttırmak için, yargısal görevlerinin ifasına yönelik koruma tedbirlerini almalı ve bunları artırmalıdır.

6- Hâkim, yargı bağımsızlığını sürdürmede esas olan yargıya yönelik kamusal güveni güçlendirmek amacıyla, yargı etiği ile ilgili yüksek standartlar sergilemeli ve bunları ilerletmelidir."¹⁵⁹

¹⁵⁹ Bangalore Yargı Etiği İlkeleri, (2003/43), *Birleşmiş Milletler*, s. 3., <http://www.hsyk.gov.tr/yiub/bangalore-yargi-etigi-ilkeleri-tr.pdf>, (20.02.2016)

1.4.3.4.3. Yargının Tarafsızlığı

Yargının tarafsızlığı ilkesi, yargının bağımsızlığı ilkesiyle beraber düşünülmektedir. Her iki ilke de hukuk devletinin gerçekleşmesinde ve temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasında vazgeçilmez ilkelerdir. Yargının tarafsızlığı genel olarak yargıcın tarafsızlığı ile aynı anlamı taşır. Yargıcın tarafsız olması yargılama sırasında taraf tutmaması, tarafların herhangi birine karşı ön yargılı olmaması, kişiliğinden, dünya görüşünden ve değerlerinden sıyrılıp objektif olması ve aynı zamanda kendi menfaatlerinin de etkisinde kalmaması olarak anlaşılmalıdır. Yani yargıcın tarafsızlığı, yargıcın taraflar bakımından nesnel olması ve öznel davranmaması anlamına gelir.¹⁶⁰

Yargıcın tarafsızlığı subjektif ve objektif olarak iki şekilde ele alınabilir. Buna göre subjektif tarafsızlık, hakimin bir birey olarak tarafsız olması, objektif tarafsızlık ise mahkemenin kurum olarak kişide bıraktığı güven verici izlenim ve görünüm olarak tanımlanmıştır.¹⁶¹ Mahkeme hakimî tavrı ve davranışlarıyla tarafsızlığını korumalıdır. Bununla birlikte hakim davanın her aşamasında tarafsız davranışını davanın taraflarına göstermeli ve tarafsızlığına gölge düşürecek veya taraflı olduğunu uyandıracak tavrı ve davranışlardan kaçınmalıdır. Yargıcın tarafsızlığını tam olarak ortaya koyması için gerekli ehliyet ve özene sahip olması gerekmektedir. Ehliyet, yargıcın hukuk bilgisinin iyi olması, işini ustalıkla ve çalışma disiplini ile yapması anlamına gelirken, özen ise yargıcın temkinli ve ölçülü olarak işinin gereklerini yerine getirmesi anlamına gelmektedir.¹⁶² Gerekli ve yeterli ehliyet ve özene sahip olmayan bir yargıç, istemese de, vereceği yanlış kararlarla tarafsızlığına gölge düşürecektir. Aynı şekilde gerekli özeni göstermeyen bir yargıcın da tarafsızlığının zedelenmesi kaçınılmazdır. Bu sebeple yargıcın temel davranış ilkesi, ehliyet ve özen yükümlülüğüne riayet etmesi olmalıdır.

Bununla birlikte yargının tarafsızlığı, yargıcın tarafsızlığı ile de sınırlı değildir. Mahkeme işleyiş olarak da tarafsız olduğu görüntüsünden uzaklaşmamalı, kalem personeli de tarafsızlığa gölge düşürmemeye özen göstermelidir. Dolayısıyla yargı tarafsızlığının yargıcın tarafsızlığını aşan bir yönü de söz konusudur. Zira hakim her ne kadar tarafsız davranırsa davranırsın veya tarafsız karar verirse versin, işleyişte katip veya

¹⁶⁰ Dursun, a.g.e., s. 28.

¹⁶¹ Kaçar Kızıler, a.g.e., s. 52.

¹⁶² Sibel İnceoğlu, (2014), Yargıcın Davranış İlkesi: Ehliyet ve Özen, *HUKAB*, Sayı: 10, Ankara: s. 10.

personelin bir tarafı kayırır hal, tavır veya davranışları ya da böyle bir izlenim uyandırmaları yargının tarafsızlığını olumsuz yönde etkileyecektir. Yargının objektif veya subjektif tarafsızlığının zedelenmesi yargı organına karşı güvensizliğe sebep olur. Yargı organına karşı duyulan güvensizliğin sonuçları ise ülke açısından ağır olmaktadır. Bu durumda insanlar yargı organlarınca elde edemedikleri veya elde edemediklerini düşündükleri adaleti kendileri sağlamaya çalışmaktadır. Böyle bir durumda ise ülkede adaletin gerçekleşmesi düşünülemez. Ayrıca mahkemelere olan güvenin zedelenmesi devlete olan güvenin de zedelenmesi sonucunu doğurur. Çünkü devletin yargılama erkini temsil edenler hakimler ve mahkemelerdir.

Bununla birlikte hakimin, devletin memuru gibi hareket etmemesi tarafsızlığın gereğidir. Burada esas alınması gereken temel prensip "hukukun üstünlüğü" temel prensibidir. Genelde devlet, özelde ise yürütme organı vatandaşlara karşı adil olmayan bir uygulamaya imza atabilir. Bu uygulamayı adaletle hüküm altına alabilmesi için yargıcın tarafsızlığını devleti temsil edenlere karşı da koruması gerekir. Aksi halde yargıcın meşruiyeti ortadan kalkar. Bu durum yargının siyasallaşmasına, yani mahkemelerin kararlarını verirken hukuku ve adaleti değil egemen ideolojiyi veya devlet aklını referans almasına yol açar.¹⁶³ Oysa hakimler, taraf tutulduğu konusunda vatandaşın endişe etmesini gerektirir bir durum olmadığı düşüncesini tesis edecek şekilde hareket etmelidir.

Hakimin tarafsızlığı konusunda şüpheye düşülmesi halinde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanu'nun 24. maddesine göre reddi istenebileceği gibi, yine aynı CMK'nın 30. maddesine göre tarafsızlığının şüpheye düştüğü gerekçesiyle davadan çekinebilir. Dolayısıyla hakimin tarafsızlığını ihlal etmesi ya da ihlal ettiği şüphesi uyanması halinde, hakim ya kendiliğinden davadan çekilmeli ya da davaya bakmaktan alıkonulmalıdır.

Ülkemizdeki siyasi mücadeleler yargının bağımsızlığının ve tarafsızlığının sorgulanmasına yol açmaktadır. Aslında bu durum yargının genel bir sorunudur. Çünkü yargılama sonucu kararın aleyhine çıktığı taraf her zaman yargı kararlarını sorgulamakta ve yargının tarafsız olmadığını gündeme getirmektedir. Bu durum siyasal organlar ve

¹⁶³ Mithat Sancar, (2000), *Devlet Aklı Kısılcacında Hukuk Devleti*, 1. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul: s. 190.

ülkeyi yönetenler için de geçerlidir. Özellikle medya yoluyla, neredeyse her gün bir yargı kararı hakkında çoğu zaman olayın gelişimi ve kararın içeriği hakkında bilgi sahibi olmadan eleştirel yorum yapılması ülkemizde olağan hale gelmiştir. Medya gücünü elinde bulunduranların yargı kararları hakkındaki eleştirel yaklaşımları ve tarafsızlık iddiaları kolay bir şekilde gündeme getirilebilmektedir. Çoğu zaman herhangi bir delile dayanmayan, gerçeği yansıtmayan, kararın ayrıntısından uzak ve menfaat odaklı olan bu gündemler ülkemizde "yargı"ya ve "yargının tarafsızlığı imajı"na zarar vermektedir.

Elbette ülkemizde yargının tarafsızlığını zedeleyen ve taraflı kararlara imza atan hakimler, savcılar da vardır. Buna rağmen günümüzde bu şekilde davrananların mevcut deliller ışığında ortaya çıkarılması ve temyiz, itiraz yolları ile doğacak sakıncaların önlenmesi mümkündür. Ancak kamu oyunda siyasilerin ve medyanın yargı üzerindeki baskısı ve aleyhlerine olan kararlarda oluşturdukları -ekseriyetle haksız olan- yargının taraflı olduğu imajı, kolay kolay çözüm üretilebilen bir husus değildir. Bu ise ülkemizde yargıya ve ona olan güvene büyük zararlar verebilmektedir. Ülkede tarafsızlığın nesnel olarak mevcudiyeti yeterli değildir. Kamuoyu tarafından da bu mevcudiyetin algılanması gerekir. Bu durumu sadece yargı mensupların sağlaması ise mümkün değildir. Siyasilerin, ülkeyi yönetenlerin ve medyanın da yargının tarafsızlığı imajını zedeleyici davranışlardan kaçınması gerekmektedir.

Bangalore Yargı Etiği İlkelerindeki Tarafsızlık ilkesine göre;

"Tarafsızlık, yargı görevinin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesinin esasıdır. Bu prensip, sadece bizâtihi karar için değil aynı zamanda kararın oluşturulduğu süreç açısından da geçerlidir.

Uygulamada;

1. Hâkim, yargısal görevlerini tarafsız, önyargısız ve iltimassız olarak yerine getirmelidir.
2. Hâkim, mahkemede ve mahkeme dışında, yargı ve yargıç tarafsızlığı açısından kamuoyu, hukuk mesleği ve dava taraflarının güvenini sağlayacak ve artıracak davranışlar içerisinde olmalıdır.
3. Hâkim, duruşma ve karar aşamalarında, kendisini yargılamadan zorunlu olarak el çektirecek olasılıkları makul ölçüler içerisinde asgariye indirecek şekilde hareket etmelidir.
4. Hâkim, önündeki bir dava veya önüne gelme ihtimâli olan bir konu hakkında, bilerek ve isteyerek; yargılama aşamasının sonuçlarını veya sürecin açıkça âdilânelik vasfını makul ölçüler

çerçevesinde etkileyecek veya zayıflatacak hiçbir yorumda bulunmamalıdır. Ayrıca hâkim, her hangi bir şahsın ya da meselenin âdil yargılanmasını etkileyebilecek alenî olsun veya olmasın her hangi bir yorum da yapmamalıdır.

5. Hâkim, tarafsız olarak karar veremeyeceği durumda veya makul olarak düşünme yeteneği olan bir kişide tarafsız olarak karar veremeyeceği izlenimi yaratması halinde, yargılamanın her hangi bir aşamasına katılmaktan çekinmelidir."¹⁶⁴

1.4.3.4.4. Savcıların Durumu

Savcılık kurumu Fransa'da ortaya çıkmış ve 19. yüzyılda bütün kıta Avrupa'sına yayılmıştır.¹⁶⁵ Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı söz konusu olduğunda asıl olan hakimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı olmakla birlikte, savcılarının da yargılamaya ilişkin görevlerini yaparken bağımsız ve tarafsız olmaları gerekmektedir.

Bunun dışında savcı ilkesel olarak hukukumuzda kamuyu temsilen taraf olarak kabul edilse de, savcının ihbar veya şikayet üzerine veya suç unsuru gördüğü bir olayda re'sen soruşturma gerçekleştirdiği ve ceza davası açılabilmesi için iddianame düzenlediği, bu sebeple de yargısal faaliyet gerçekleştirdiği bir gerçektir. Yargılama faaliyeti 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nunda soruşturma ve kovuşturma evresi olarak ikiye ayrılmıştır. CMK'ya göre savcı soruşturma evresinde rol almakta ve hazırlık safhasını şekillendirmektedir. Mahkeme ise kovuşturma aşamasında rol oynamaktadır. Bu açıdan savcının topladığı deliller ve iddianamesi çoğu zaman yargılamayı şekillendirmekte ve mahkemece hüküm verilerek gerekçeli kararın oluşturulmasında hayati önem taşımaktadır. Savcılarının herhangi bir kurum, organ veya makama bağımlı olması ile savcılarının bağımsızlığına ve tarafsızlığına gölge düşmesi, yargılamanın daha başta taraflı olarak şekillenmesi sonucunu doğuracaktır. Bu sebeple yargılamanın gerçekleştirilmesinde ve kararın verilebilmesinde böylesine öneme haiz olan savcılarının da bağımsız olması ve güvencelere kavuşturulması zorunluluğu vardır.¹⁶⁶

¹⁶⁴ Bangalore Yargı Etiği İlkeleri, (2003/43), *Birleşmiş Milletler*, ss. 3-4., <http://www.hsyk.gov.tr/yiub/bangalore-yargi-etigi-ilkeleri-tr.pdf>, (20.02.2016)

¹⁶⁵ Kaçar Kızılar, a.g.e., s. 83.

¹⁶⁶ Arzu Becerik, (2007), *İfade Özgürlüğünün Sınırları ve Yargının Tarafsızlığı*, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul: s. 53.

Anayasa'mızda hakimlik teminatı ile beraber savcılık teminatı da düzenlenmiştir. Savcı mütalaasında ve iddianamesinde özgürdür. Bu açıdan savcının yürütme organının temsilcisi olmadığı ve Adalet Bakanı'ndan da talimat almadığı gerçeği gözden kaçırılmamalıdır. Savcılar, "Cumhuriyet Savcısı" olarak nitelendirilmeleri onların laik, demokratik hukuk devleti düzenini koruma amacını vurgulamak için yapılan bir nitelendirmedir.¹⁶⁷ Bu sebeple savcılara devleti temsil rolü de verilmiştir. Bununla birlikte savcının devleti temsil etmesi onun tarafsızlığına engel olmamalıdır. Sonuç itibariyle her halükarda gerçeğin ortaya çıkması devletin ve kamunun lehinedir. Bunun için de savcının bağımsız ve tarafsız hareket etmesi gerekmektedir.

1.4.3.5. Kuvvetler Ayrılığı

Hukuk devletinin temel unsurlarından biri olan "kuvvetler ayrılığı" aynı zamanda hukuk devletinin diğer unsurlarının öncül koşulu olması itibariyle hukuk devleti açısından ayrı bir öneme sahiptir. Zira kuvvetler ayrımı olmadan ne yasama ve yürütmenin yargısal denetiminden, ne temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasından, ne de yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığından bahsedilebilir. Tezimizin konusu ve hedefi açısından da "kuvvetler ayrılığı" ayrı ve nirengi bir noktada durmaktadır. Bu sebeple "kuvvetler ayrılığı"nı tezimizde ayrı bir bölüm olarak ele aldık. Bu kısımda ise kuvvetler ayrılığını hukuk devletinin temel unsurlarından biri olarak vurgulayıp diğer bölüme geçiyoruz.

¹⁶⁷ Kaçar Kızılar, a.g.e., s. 84.



İKİNCİ BÖLÜM
ÇOĞULCU DEMOKRASİ

2.1. DEMOKRASİ

Demokrasi kelimesinin etimolojik anlamına bakacak olursak, demokrasi Yunanca bir sözcüktür. Yunancada demos halk, kratos ise iktidar anlamına gelir. Bu iki sözcüğün birleşmesinden olan demokrasi kelimesi ise "halkın iktidarı" anlamını taşımaktadır.¹⁶⁸ Sözlük anlamına bakacak olursak demokrasi "Halkın kendi kendini yönetmesi biçimi; belli bir kurumda, orayı oluşturanların görüşlerinin alındığı ve onlara saygı duyulduğu, karşılıklı hak ve özgürlüklerin esas olduğu anlayış"¹⁶⁹ olarak tanımlanmıştır.

Etimolojik olarak halkın egemenliği, halkın iktidarı anlamına gelen demokrasiyi sadece kelime anlamının karşılığı olarak algılamak, demokrasiyi anlamak için yeterli değildir. Çünkü demokrasi kavramı, zaman içerisinde farklı anlamlar kazanmıştır. Bu yüzden demokrasiyi sırf sözcük anlamına sığdıran bilimsel çalışmalar tartışmalı olacaktır.¹⁷⁰ Yine de demokrasi kelime anlamından bağımsız düşünülemez. Demokrasiyi anlamada çıkış noktası, yine demokrasinin "halkın iktidarı" anlamına geldiği olur.

Buradan hareketle demokrasi bir yönetim biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır. Monarşi veya aristokrasi gibi demokrasi de bir yönetim biçimidir. Şu farkla ki monarşide monark, aristokraside elitler yönetimde söz sahibi iken, demokraside asıl olan halkın yönetimde söz sahibi etkin aktör durumunda olmasıdır. Ülkelerin kaderinin eğitim seviyesi düşük halk tarafından belirlenmesinin sağlıklı sonuçlar doğurmayacağı anlayışı ile demokrasiye yapılan eleştirileri konumuzdan uzaklaşmamak adına es geçiyoruz. Bununla birlikte şunu söylemekte yarar var ki, demokrasi salt bir yönetim biçimi değil aşağıda daha kapsamlı ele alacağımız gibi aynı zamanda bir yaşam biçimidir. Aynı zamanda modern anlamda hukuk devleti ve kuvvetler ayrımı sistemlerinin tesis edilebilmesi için çağdaş gelişmiş batılı ülkelerde de kabul edilmiş en ideal model ve anlayış olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu açıdan bakıldığında demokrasiye sadece halk iktidarı nazarı ile bakmak doğru bir bakış açısı olmayacaktır.

¹⁶⁸ Gözübüyük, a.g.e., s. 22.

¹⁶⁹ Yılmaz, a.g.e., s. 266.

¹⁷⁰ Emrah Karaca Eren, (2012), *Muhafazakar Siyaset Anlayışı ve Demokrasi*, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara: s. 146.

Demokrasi eski Yunan'da ortaya çıkmıştır ve batılı kaynaklara göre eski Yunan'daki demokrasi doğrudan demokrasi olarak kabul edilmiştir.¹⁷¹ Doğrudan demokrasi yurttaşların karar alma ve yönetim sürecine doğrudan, aracısız katılımıdır.¹⁷² Ancak eski Yunan'da halkın çoğu yurttaş olarak kabul edilmemekte, büyük bir köle nüfusu dışlanmakta ve sadece azınlık bir elit kesim karar alma sürecinde doğrudan hak sahibi olarak görülmektedir.¹⁷³ Eski Yunan site devletlerindeki ilk demokrasi örneğine ilişkin olarak "Herodot Tarihi" adlı eserde halkın yönetimi, yasalar önünde eşitlik, sorunlar hakkında tartışma yapılarak karar verilmesi, yönetenlerin sorumluluğu kavramları yer almaktadır.¹⁷⁴ Sonuç olarak eski Yunan site devletlerinde yaşanan demokrasi anlayışı, her ne kadar yaşandığı dönem için bir kazanım olsa da, sadece belirli bir kesimin karar alma sürecinde söz sahibi olduğu, bir kesimin dışlandığı ve modern demokrasilerde var olan özelliklere göre dar kapsamlı içeriğe sahip olan demokrasi örneğidir.

Demokrasi düşüncesi eski Yunan'dan sonra uzunca bir süre gözden düşmüştür. Bu gözden düşme orta çağın sonlarına dek devam etmiş ve demokrasi bu süreçte tarih sahnesinde gözükmemiştir. Orta çağın sonlarında ticaretin gelişmesiyle orta sınıflar zenginleşmeye başlamış ve zenginleşen orta sınıfların yönetimde söz sahibi olma, etkili olma talepleri ortaya çıkmıştır. Orta çağın sonlarındaki burjuvazinin bu talepleri demokrasi fikrini yeniden dünya gündemine taşımış ve burjuvazinin taleplerini kabul ettirebilmek için güçlü merkezi krallara karşı açmış olduğu savaş gelişmeleri hızlandırmıştır.¹⁷⁵ İşte modern anlamda demokrasi, fiilen burjuvazinin gelişmesinin, teorik olarak da rönesans, reform hareketleri ile aydınlanma düşüncesinin sonucu olarak ortaya çıkmış ve gelişmiştir.

Modern demokrasi, temsili demokrasi olarak karşımıza çıkmıştır. Temsili demokraside halkın, egemenliği doğrudan doğruya değil, halk adına hareket eden temsilciler vasıtasıyla kullandığı demokrasi yöntemi söz konusudur.¹⁷⁶ Zamanın ulus

¹⁷¹ İba, a.g.e., s. 81.

¹⁷² İba, a.g.e., s. 86.

¹⁷³ Mehmet Güneş, (2011), *Bir Siyasal Rejim ve Demokrasi Uygulaması olarak Vesayetçi Demokrasi*, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara: s. 15.

¹⁷⁴ Güneş, a.g.e., s. 14.

¹⁷⁵ Gözübüyük, a.g.e., s. 24.

¹⁷⁶ Gözübüyük, a.g.e., s. 71.

devletlerindeki nüfus yoğunluğu doğrudan demokrasinin uygulanmasını imkansız hale getirmiş, bu sebeple de temsili demokrasi günümüzde demokrasinin uygulanabilirliğini sağlayan temel faktör olmuştur.¹⁷⁷ Modern demokrasilerde demokrasi kavramı, antik çağ demokrasilerine göre farklılaşmış ve genişlemeye uğramıştır. Temsil, özgürlük, eşitlik, çoğulculuk, insan hakları gibi kavramlar demokrasi kavramına eklenmiş ve demokrasi içerik olarak genişlemiştir.

Bu açıdan bakıldığında demokrasi canlılığı olan ve canlılığını koruyan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira insan haklarındaki ve insanlığın medeniyet seviyesindeki değişim ve gelişmeler demokrasiyi beslemekte ve yeni anlamlar kazanmasına sebep olmaktadır. Demokrasi kavramının çeşitliliğinde ve birçok düşünürün demokrasiye farklı anlamlar yüklemesinin¹⁷⁸ altında yatan başlıca sebep de insan haklarındaki ve insanlığın medeniyet seviyesindeki değişim ve gelişmelerdir. Antik çağda sadece halkın iktidarı kavramı ile ve dar kapsamlı bir yönetim biçimi olarak ifade edilen demokrasi kavramının yerine, günümüzde yaşam biçimi haline gelmiş, sadece çoğunluğun değil azınlığın da haklarını gözetken, hukuka saygılı, insan hakları, özgürlük ve eşitlik fikirlerini özümsemiş ve insani gelişmişlik seviyesi ile beraber gelişmeye açık bir demokrasi kavramı ortaya çıkmıştır.

Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus siyasal rejimler tarafından demokrasinin bir meşruiyet aracı¹⁷⁹ olarak görülmesi, hatta otoriter veya totaliter nitelikler taşıyan birçok siyasal rejimin demokratik oldukları iddiası ile kendilerine meşruiyet aramalarıdır.¹⁸⁰ Bu duruma Nazi Almanyası ya da Faşist Mussolini iktidarı örnek olarak gösterilebilir. Geçmişte ve günümüzde otoriter veya totaliter rejimleri böyle bir meşruiyet arayışına iten saik, demokrasi kavramının dar yorumlanması ve demokrasinin seçimle eş değer görülerek halk egemenliği kavramının çoğunluğun egemenliği kavramına indirgenmesidir. Demokrasiye böylesine dar bir anlam yüklenmesi otoriter ve totaliter rejimleri demokratik oldukları hayaline sürüklemiştir. Oysa Nazi Almanyasında yaşandığı gibi seçim tek başına demokrasi için yeterli

¹⁷⁷ Eren, a.g.e., s. 166.

¹⁷⁸ Güneş, a.g.e., ss. 23-24.

¹⁷⁹ Eren, a.g.e., s. 136.

¹⁸⁰ Eren, a.g.e., s. 143.

değildir. Hitler seçimle başa gelmiştir ve çoğunluğun oyunu almıştır. Dolayısıyla oluşan Nazi iktidarına çoğunluğun iktidarı denebilir. Ancak oluşturulan yönetim profilinin modern demokrasi unsurlarıyla yakından uzaktan bir alakası yoktur. Bu nedenle demokrasinin dar kapsamlı olarak düşünülmesi insanlık tarihi açısından çok acı sonuçlara sebep olmuştur. Bunun için demokrasi dar düşünülmemeli, geniş anlamıyla ele alınmalı, sadece bir yönetim biçimi olarak değil bir yaşam biçimi olarak evrensel düzeyde ulaştığı gelişmişlik seviyesiyle kabul edilmelidir. Günümüzde demokrasi ve insan hakları iç içe geçmiş ve birbirinden ayrı olarak düşünülemeyecek kavramlardır. Medeni haklarla siyasi haklar demokrasinin asli parçası olarak görülürken, ekonomik ve sosyal haklar demokrasi ile karşılıklı bağımlılık ilişkisi içinde görülmüştür.¹⁸¹

Demokrasiyi veya çoğulcu demokrasiyi bir bölüm olarak tezimizde ele almış olmamızın sebebi de bu kavramların modern anlamının içinde hukuk devleti ve kuvvetler ayrımı kavramlarının da ilke olarak var olmasıdır. Zira günümüzde hukuk devleti ve kuvvetler ayrımının olmadığı bir ülkede demokrasiden de söz edilemeyecektir. Günümüz modern demokrasisinin geniş anlamı içerisinde özgürlük ve eşitlik ilkelerinin de çok önemli bir yeri vardır. Öyle ki bazı yazarlar demokrasiyi özgürlük ve eşitliğin bir sentezi olarak görürler.¹⁸² Bununla birlikte Heiner Bielefeldt'e göre özgürlük ve eşitlik ilkeleri birbirine yakın ve birbirini destekleyen ilkelerdir. İnsanlara özgürlük hakkının eşit olarak dağıtılması gerekir. Zira eşitlik ile özdeş olan ayrımcılık yapmama özgürlüklerin tamamlayıcı unsurudur.¹⁸³ Biz de demokrasi felsefesinin vazgeçilmezleri olan özgürlük ve eşitlik fikirlerini bu bölümde ayrı birer başlık olarak ele aldık. Burada özgürlük konusunu diğer bütün özgürlüklerin kaynağı ve temelini oluşturması¹⁸⁴ açısından düşünce ve ifade özgürlüğü perspektifinden değerlendirmeyi uygun gördük.

¹⁸¹ Suna Boylu ve Ergün Emekli, (2008), *Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne Tam Üyeliği Bağlamında Demokrasi ve İnsan Haklarının Önemi*, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul: s. 39.

¹⁸² Güneş, a.g.e., s. 31.

¹⁸³ Heiner Bielefeldt, (2008), "Demokratik Hukuk Devletinde Özgürlük ve Güvenlik", **Hukuk Devleti**, Yüksel M.(Çev), Çoban, Ali Rıza vd.(Ed.) Adres Yayınları, Ankara: s. 277.

¹⁸⁴ Ali Topaloğlu, (2013), *Düşünce Özgürlüğü*, *Adalet Dergisi*, Sayı: 46, Ankara: s. 102.

2.2. ÖZGÜRLÜK VE DÜŞÜNCE - İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Modern demokrasilerde devlet, yani demokratik devlet hak ve özgürlüklerin genişletilmesi ve iktidara karşı güvence altına alınması için varlığını sürdürür.¹⁸⁵ Demokratik iktidarlar halkın özgürlüklerini tanıyan, güvence altına alan ve genişleten iktidarlardır. Gerçek anlamda demokratik iktidarları, totaliter ve otoriter iktidarlardan ayıran belki de en belirgin faktör ülkede özgürlüklerin geniş bir şekilde yaşanır olmasıdır.

Yaşam hakkının ve güvenliğin teminat altına alınmasından sonra devlet ve iktidar özgürlüklerin yaşanmasını kendisine görev olarak kabul etmelidir. Çünkü demokratik devletin farkı, özgürlüklerde ortaya çıkmaktadır. Biz, özellikle A.B.D.'deki 11 Eylül saldırılarından sonra gündeme gelen özgürlükle güvenliğin birbirinin aleyhine sonuçlar doğurduğu ve bu sebeple güvenlik için özgürlüklerden vazgeçilmesi gerektiği yönündeki anlayışın gerçeği yansıtmadığı kanaatini taşıyoruz. Oysa, doğrusu özgürlük ve güvenliğin birbirini tamamlar konumda olması ve birbirlerinin ön şartları durumunda olmalarıdır.¹⁸⁶

Dikkat edilirse güvenlik için özgürlüklerin görmezden gelindiği bir durumda hukuksuzlukların, keyfiliklerin ve demokrasi dışı uygulamaların sıkça yaşandığı görülecektir. Bu durumsa, insanların hoşnutsuzluklarına, hak ihlalleri karşısında başka yol bulamadıklarından kendi haklarını kendi elde etme yolu bulmaya çalışmalarına ve bu sebeple başka hukuksuzlukların ortaya çıkmasına ve dahi insanların isyanına açık bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla özgürlüklerin kısıtlanması güvenliğin tehlikeye girmesine kaçınılmaz bir şekilde sebep olacaktır. Böyle bir ortamda özgürlük ve güvenliğin olmadığı kısır bir döngüye girilmesi de kaçınılmaz olacaktır. Bu sebeple özgürlük ve güvenlik birbirinin zıttı olarak algılanmamalı ve birbirini destekler iki faktör olarak görülmelidir. Sonuçta, özgür ülkelerin daha güvenli ülkeler olduğu, özgürlüklerin olmadığı ülkelerinse güvenlik açısından sorunlu ülkeler olduğu yaşanıla gelen bir gerçeklik olarak karşımızda durmaktadır.¹⁸⁷

¹⁸⁵ İpek, a.g.e., s. 107.

¹⁸⁶ Mustafa Erdoğan, (2013), *Özgürlük Perspektifinden Hukuk ve Demokrasi*, 1. Baskı, Kesit Yayınları, İstanbul: s. 18.

¹⁸⁷ Erdoğan, a.g.e., s. 26.

Diğer bütün özgürlüklerin kaynağı durumundaki düşünce özgürlüğünün anlamı düşüncenin ifade edilebilmesinde ortaya çıkmaktadır. Bu açıdan düşünce özgürlüğü ile ifade özgürlüğü kavramları birbirlerine çok yakın ve birbirlerini tamamlayan özdeş kavramlardır. Düşünce özgürlüğünü bireyin serbestçe bilgiye ulaşarak edindiği fikir ve kanaatlerine ilişkin kaygı duymaması ve bunları serbestçe dışa vurabilme imkanına sahip olması olarak tanımlarsak, ifade özgürlüğünü de bireyin bu fikir ve kanaatlerini serbestçe dışa vurması olarak tanımlayabiliriz.¹⁸⁸ Düşünce ve ifade özgürlüğünün olmadığı bir ülkede diğer özgürlüklerin varlığı da tehlike altındadır. Nasıl ki özgürlükler olmadan demokrasiden bahsedilemezse aynı şekilde düşünce ve ifade özgürlüğü olmadan da diğer özgürlüklerin varlığından bahsedilemeyecektir.

Devletlerin gücü ve itibarı açısından da özgürlük ve ifade özgürlüğü fikri önem taşımaktadır. Çünkü özgürlüklerin varlığı ve yaşanması devletin kendisine güveninin ve güçlü bir zeminde kurulduğunun da bir göstergesidir. Devlet güçlü ise, devleti yönetenler farklı fikirlerden ve özgürlüklerden korkup komplekse girmeyecektir. Bunun günümüzdeki en somut örneği ise ABD'dir. ABD kendisini dünyaya ve halkına "özgürlükler ülkesi" olarak lanse etmekte ve bu imajını da diğer dünya ülkelerine göre büyük ölçüde başarıyla gerçekleştirebilmektedir. Bu konudaki başarısı ABD'nin hem demokrasisini güçlendirmekte hem de halen dünyanın bir numaralı süper gücü olarak varlığını sürdürmesine sebep olmaktadır.

Avrupa Adalet Divanı'na göre, ifade özgürlüğü, yani herkesin doğru veya yanlış olan görüşlerini açıklama özgürlüğüne sahip olması, demokratik toplumun zorunlu dayanaklarından ve herkesin ilerlemesinin ve gelişmesinin en önde gelen koşullarından biri olarak kabul edilmiştir.¹⁸⁹ İfade özgürlüğünün korunması; görüşlerin test edilerek gerçeğe ulaşılması, bireylerin özerkliğinin sağlanarak kendilerini gerçekleştirmelerinin önündeki engellerin aşılması, demokrasinin gerçekleştirilmesi ve hoşgörü kültürünün sağlanması adına önem taşımaktadır.¹⁹⁰

İfade özgürlüğünün varlığı için kanaat özgürlüğünün de gerçekleşmiş olması gerekir. Buna göre kanaat özgürlüğü, kişinin edindiği bilgilerden yararlanarak doğru

¹⁸⁸ Topaloğlu, a.g.m., s. 105.

¹⁸⁹ Becerik, a.g.e., s. 4.

¹⁹⁰ Ertugay, a.g.e., ss. 94-96.

olduğuna inandığı görüşleri seebilemesi anlamına gelir.¹⁹¹ Bunun içinse kişinin bilgi edinmesinin önündeki engellerin ortadan kaldırılmış olması gerekmektedir. İnsanlar bilgiye başkalarından ulaşırlar. Bunun yöntemi başkaları ile iletişime geçme, kitap okuma, bir bilgi kaynağından(bilgisayar, cd gibi) yararlanma ya da medya aracılığıyla elde etme şeklinde olabilir. İşte insanın kanaat özgürlüğünün olması için bütün bu bilgi unsurların serbestliğı gerekmektedir. Bu yüzden insanların birbirleriyle iletişime geçmeleri önünde hiç bir engel olmaması, kitaplara ve sair bilgi kaynaklarına serbestçe ve uygun imkanlarla ulaşımin sağlanması ve birincil rolü bilgi edinme hakkını gerçekleştirmek olan medyanın özgürlüğünün gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

İfade zgrlğ kapsamında, demokratik toplumun ayırt edici nitelikleri olan muhalefet edebilmenin, eleştirinin ve itirazın serbest olmasının da kabul edilmesi gerekir. Demokrasiler için, vazgeçilmez ayırt edici kurumlar olarak kabul edilen muhalefet, toplumsal farklılıkların ve zenginliğın beraberinde getirdiğı görüş ve taleplerin yönetime aktarılmasına ve bu yolla farklı hayat tarzlarının barış içinde bir arada olabilmesine olanak sağlamaktadır.¹⁹² Dolayısıyla ülkede yürütülen politikalara karşı muhalefet edebilmenin, itiraz ve eleştiride bulunabilmenin; politikalardaki yanlışların görülebilmesi, iktidarda bulunanların icraatlarında daha dikkatli davranmaları, baştan sağma iş yapmamaları için gerekli olduğı inkar edilemez bir gerçektir. Bu sebeple itiraz, eleştiri ve muhalefetin olmadığı bir ülkede, ülkeyi yönetenleri uyarıcı bir faktör olmayacağı için, hukuk dışı, usulsüz ve baştan sağma uygulama ve icraatlar kaçınılmaz olacaktır. Sonuç olarak ifade özgürlüğü açısından muhalefetin varlığı, eleştiri ve itiraz hakkının herkes tarafından rahat bir şekilde kullanılabilmesi çok önemlidir.

lke içerisinde çok farklı insan tipi, bu insan tiplerinin farklı bakış açıları ve anlayışları söz konusudur. İfade zgrlğ sayesinde, ülkenin farklı düşünen bütün beyinlerinden azami oranda yararlanma olanağı mümkün olabilecek ve böylelikle kamu yararı adına da önemli bir kazanım elde edilebilecektir. Ülkemizde sıkça tartışma konusu olan "beyin g"nn birincil sebebini, özellikle ABD'ye giden ve o ülke için

¹⁹¹ Ertugay, a.g.e., s. 94.

¹⁹² Hasan Tuna Göksu, (2013), Demokrasilerde Bir Alamet-i Farika: Muhalefet, *HUKAB*, Sayı: 4, Ankara: s. 40.

çalışmakta olan, vasıflı beyinlerin gittikleri yerde kendisini rahat ifade edebilmesi ile birikimlerini herhangi bir baskı ve zorlama ile karşılaşmadan ekonomik ve sosyal özgürlük ortamında değerlendirme olanağına sahip olmasında aramak gerekir. Dolayısıyla özgürlük ve ifade özgürlüğünün kısıtlandığı ülkelerde, elde edilebilecek muhtemel kazanımlardan mahrum olunması bir yana, beyin göçü gibi önemli kayıpların da yaşanması kaçınılmaz olacaktır.

2.3. EŞİTLİK

Modern demokrasi fikrinin dayandığı temel ilkelerden birisi de eşitlik ilkesidir. Öyle ki, genel olarak eşitlik fikrine dayanmayan bir sistemin demokrasi olarak tanımlanması da mümkün değildir. Bu açıdan bakıldığında antik Yunan'da görülen demokrasi örneklerinin gerçek anlamda bir demokrasi olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Zira o dönemde eşitlik ilkesine aykırı olarak köleler, kadınlar, yabancılar ve mülk sahibi olmayanlar siyasal katılım hakkına sahip değildi.¹⁹³ Yakın zamanda kendisini demokratik diye tanımlayan birçok rejimin de aslında, eşitliksiz uygulamalar sebebiyle, sorunlu demokrasiler olduğunu söylemek gerekir. Modern demokrasilerde eşitlik ilkesi, eşit oy hakkını ve insanlar arasında renk, dil, din, ırk ve siyasi görüş gibi her türlü ayrımcılığın yasaklanmasını içinde barındırır. Öncelikle eşitlik ilkesi, demokrasinin özü olan halkın yönetimi ilkesinin "eşit oy" hakkı ile en geniş bir şekilde gerçekleşmesini sağlamaktadır.¹⁹⁴ Her bireyin siyasal eşitlik sayesinde genel siyasetin şekillenmesine katkıda bulunma hakkı vardır. Tüm bireylerin siyasal gücü oluşturacak kişileri seçebilmeleri eşitlik ilkesi gereği olduğu gibi, herkesin kamu makamlarına, liyakat kriterine uygun olarak gelebilme imkanına sahip olması da eşitliğin gereğidir.¹⁹⁵

Eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağı kavramları birbirlerine çok yakın kavramlardır ve bazen aynı şeyi ifade etmek için kullanılırlar.¹⁹⁶ Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, günümüz dünyasının gelişim ve değişimlerine paralel olarak, ulusal

¹⁹³ Eren, a.g.e., s. 194.

¹⁹⁴ Eren, a.g.e., s. 195.

¹⁹⁵ Eren, a.g.e., s. 194.

¹⁹⁶ Ulaş Karan, (2013), "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, İnceoğlu, Sibel(Ed.). Şen Matbaa, Ankara, s. 459.

ve uluslararası belgelerde ve mevzuatta yer alan önemli bir ilke haline gelmiştir.¹⁹⁷ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin "ayrımcılık yasağı" başlığını taşıyan 14.maddesinde: "Bu sözleşmede ortaya konulan haklardan ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka görüş, ulusal veya toplumsal köken, bir ulusal azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum veya diğer statüler gibi herhangi bir temelde ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınacaktır." denilmektedir. Görüldüğü gibi A.İ.H.S.'nin 14.maddesi eşitlik ilkesi yerine ayrımcılık yasağını düzenlemiştir. Ancak eşitlik ilkesinin ayrımcılık yasağını aşan bir yanı söz konusudur. Buna göre eşitlik ilkesinde, ayrımcılık yasağındaki negatif yükümlülükler ek olarak, mağduriyetlerin önüne geçmek için kurumsallaşma ve gerekli önlemlerin alınması şeklinde pozitif yükümlülükler de söz konusudur.¹⁹⁸

Hukukun da en temel özelliklerinden birisi insanlara eşitliği vadetmesidir. Temel prensip olarak kanun önünde herkes eşittir. T.C. Anayasası'nda da bu ilke düzenlenmiştir. A.Y.'nın Kanun önünde eşitliği düzenleyen 10. maddesi "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep, ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır." demek suretiyle eşitliği güvence altına almıştır. Anayasa'mızca da hüküm altına alınmış ve devlete bu yönde pozitif yükümlülük yüklenmiş olan eşitlik ilkesi herkesin aynı kazanım imkanlarına sahip olması şeklinde tanımlanabilir. Bu anlamda eşitlik hukuk devletinin temel ilkelerinden birisidir ve temel bir haktır. Bu hakkın sahibi, eşit işlem görme, farklı muameleye tabi tutulmama ve ayırım gözetilmemesini isteme haklarına sahiptir.¹⁹⁹

Eşitlik ilkesi, demokratik hukuk devletini otoriter veya totaliter sistemlerden ayırt edici niteliktedir. Zira otoriter, totaliter sistemlerde eşitlik ilkesinden bahsedilemez. Bu tür despotik sistemlerde bir kişinin ve onun etrafında toplanan belirli bir zümrenin ben merkezli uygulamaları halk üzerinde egemendir. Böyle bir ülkede ayrıcalıklı olan

¹⁹⁷ Esin Özbilgin, (2013), Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılık Yasağı, *HUKAB*, Sayı: 4, Ankara: s. 14.

¹⁹⁸ Karan, a.g.e., s. 459.

¹⁹⁹ Özbudun, a.g.e., s. 137.

zümre ile halk arasında ciddi eşitsizlikler yaşanır ve eşitlik ilkesinin varlığından bahsedilemez. Adam kayırma, kamusal mevki ve makamlarda liyakatin esas alınmaması, ayrımcılık yapılması gibi eşitlik ilkesiyle bağdaşmayan uygulamalar demokratik hukuk devleti sisteminin olmadığı despotik rejimlerde sıkça görülmektedir. Bu sebeple ülkede adaletin tesisi ve demokratik yaşam biçiminin şekillenmesi adına eşitlik ilkesi önemli bir konuma sahiptir. Özetle söylemek gerekirse, eşitlik ilkesi gözetilmeden adaletin tesisinden ve demokrasi kültürünün yerleşmesinden bahsetmek mümkün olmayacaktır.

2.4. ÇOĞULCU DEMOKRASİ

Tezimizde "demokrasi" kavramını açıklarken onun insanlığın medeniyet ve gelişim seviyesi ile orantılı olarak gelişen bir kavram olduğundan ve antik çağ demokrasi anlayışı ile günümüzde ulaşılan modern çağ demokrasi anlayışı arasında büyük farklar olduğundan bahsettik. Günümüzde ulaşılan modern çağ demokrasi anlayışından kastedilen "Çoğulcu Demokrasi"dir. Günümüzde demokrasi dendiğinde akla gelen ve kastedilen de çoğulcu demokrasi olmalıdır. Zira demokratik toplum çoğulculuk temelinde şekillenmektedir.

Çoğulcu olmayan ve çoğunlukçu olan demokrasi anlayışında, tamamen parlamentonun egemenliği ilkesi geçerlidir. Parlamentonun egemenliği ilkesinin geçerli olduğu ülkelerde ise anayasa yargısına dahi yer verilmemekte²⁰⁰, seçimi kazanan çoğunluğun iradesi çok etkin kabul edilmekte ve azınlığın hakları ikinci plana atılarak ihlal tehlikesi ile karşı karşıya bırakılmaktadır. Çoğulcu demokraside ise iktidar veya azınlık olmasına bakılmaksızın herhangi bir görüş, eğilim ve çıkarın siyasi hayatta kendisini ifade etmesinin önünde hiçbir engel bulunmamaktadır. Bu sebeple de çoğulculuğun sağladığı çağdaş demokrasiler, diğer rejimlerden üstün ve değerli görülmüştür.²⁰¹

²⁰⁰ Atar, a.g.m., s. 6.

²⁰¹ Güneş, a.g.e., s. 159.

Demokrasinin bir yaşam biçimi olduğu hep söylene gelen ve bilinen bir gerçektir. Buna göre demokrasiyi yaşayan bir bireyin veya bir toplumun hayatında ayrımcılık yapmama, insan hakları, hukuk, özgürlük ve eşitlik unsurları egemendir. Ancak etimolojik olarak demokrasi kavramının bizzat kendisi, bütün bu unsurları kapsayıcı nitelikte bir kavram değildir. Bunun için "çoğulcu demokrasi" kavramına ihtiyaç vardır.

Demokrasinin sadece seçimden ibaret olarak anlaşılmaması, ayrımcılığın reddedilmesi, insan haklarının, hukukun, özgürlük ve eşitliğin yaşamsal olması, azınlık, çoğunluk demeden herkesin hukuk içinde kendisini ifade edip gerçekleştirebilmesi ve birlikte mutlu olmasının kavramsal olarak karşılığı "çoğulcu demokrasi" kavramında bulunmaktadır. Bu sebeple çoğulcu demokrasiye, demokrasinin yaşam biçimi haline gelmiş şekli demek yanlış olmayacaktır.

Şeref Gözübüyük "Anayasa Hukuku" kitabında çoğulcu demokrasiyi batı demokrasisi ve klasik demokrasi ile aynı anlamda kullanmıştır.²⁰² Gözübüyük, çoğulcu demokraside her şeyin insanların mutluluğu için olduğunu ve çoğulcu demokrasinin uzlaşmayı, karşılıklı hoşgörüyü, ve saygıyı gerektirdiğini söylemektedir.²⁰³ Gözübüyük çoğulcu demokrasinin temel ilkeleri olarak; siyasal çoğulculuğu yani iktidarı elde etme hakkını, karşıt görüş ileri sürme ve seçimle iktidarı değiştirme özgürlüğünü, temsili demokrasiyi, genel ve eşit oya dayalı seçimi, çoğunluğun yönetme hakkını, muhalefet etme özgürlüğünü, temel hak ve özgürlüklerin korunmasını ve son olarak yasa önünde eşitliği saymıştır.²⁰⁴

Çoğulcu demokrasiler azınlık haklarına saygılıdır, burada iktidara gelmiş çoğunluğun iradesi mutlak ve sınırsız değildir. Çoğunluk iradesi azınlığın hak ve hürriyetleri ile sınırlandırılmıştır.²⁰⁵ Çoğulcu demokrasi azınlığın haklarının güvence altında olduğu azınlığın kendi görüşünü korumakta serbest olduğu bir sistemdir.²⁰⁶ Günümüzde demokrasi, azınlıkların çoğunluk haline gelebilme ihtimalini ortadan

²⁰² Gözübüyük, a.g.e., s. 22.

²⁰³ Gözübüyük, a.g.e., s. 23.

²⁰⁴ Gözübüyük, a.g.e., ss. 24-27.

²⁰⁵ Güneş, a.g.e., s. 159.

²⁰⁶ İpek, a.g.e., s. 106.

kaldırmayan, azınlık haklarını eksiltmeyen ve koruma altına alan yönetim şeklini ifade eder.²⁰⁷ Bu sebeple çağdaş demokrasi çoğulculuk ilkesinden bağımsız düşünülemez. Zira içinde çoğulculuğu barındırmayan ve azınlık haklarını güvence altına almayan demokrasi, despotik bir yönetime dönüşmeye mahkumdur. Diğer bir ifadeyle demokrasinin özünde var olan hak ve özgürlüklerin iktidar karşısında korunması hedefi ancak çoğulculuk ilkesiyle mümkün olabilmektedir.

Çoğulculuk anlayışının ülkeye kattığı bir diğer fayda ise, toplum içinde kutuplaşmaların önüne geçmesidir. Buna göre modern toplumlar içinde birçok farklı dine, ırka ya da dile sahip unsurlar bulunmaktadır. Bu unsurların bir arada, barış içerisinde ve kendilerini ülkeye ait hissederek aynı idealler etrafında yaşaması için öncelikle bütün bu unsurların temel hak ve özgürlüklere, ekonomik, sosyal ve siyasal haklara sahip olması gerekir. Bu açıdan çoğulculuk ilkesi bütün bu hakları güvence altına alan, ülkedeki farklı unsurlara kendisini gerçekleştirme imkanı sunan ve bu yönleriyle toplumsal barışa hizmet ederek kutuplaşmaların önüne geçen bir mahiyet taşımaktadır. Bu açıdan bakıldığında, çoğulcu demokrasi anlayışı toplumda var olan iktidarlar arasında denge kurarak çatışmaların önüne geçmekte ve herkese kendisini gerçekleştirme imkanı tanımaktadır.

Günümüz demokrasilerinde seçimi kazanan iktidara gelen hükümetten beklenen toplumun bütün kesimlerinin ihtiyaçlarını gidermeye yönelik çalışması ve ayırım gözetmeksizin herkesin hak ve özgürlüklerini teminat altına almasıdır. Burada milli irade kavramının doğru anlaşılması gerektiğini ve yasama çoğunluğu ile milli irade kavramlarının aynı anlama gelmediğini vurgulamak gerekir.

Bununla birlikte daha somut bir kavram²⁰⁸ olması itibarıyla milli irade kavramı yerine "halkın iradesi" kavramının kullanılmasının daha yerinde olacağı kanaatindeyiz. Halkın iradesi dendiğinde anlaşılması gereken, ülkede yaşayan, azınlık - çoğunluk ayrımı gözetmeksizin varlığını sürdüren bütün halkın iradesidir. Dolayısıyla iktidarın iradesi, muhalefetin iradesi, sivil toplum kuruluşlarının iradesi ve ülkede yaşayan her bir bireyin iradesi halkın iradesi kavramı içinde kabul edilmeli ve değer görmelidir. İşte, bu

²⁰⁷ Mehmet Ali Kılıçbay, (1996), Hakların Sicili Olarak Hukuk, Pazarlık Alanı Olarak Demokrasi ve Güvencesi Olarak Devlet, *Türkiye Günlüğü*, Sayı: 43, Ankara: s. 18.

²⁰⁸ Kapani, a.g.e., s. 83.

yüzden ülkeye seçimle hükümet etme görevi verilenlere düşen görev, azınlık, çoğunluk ayrımı yapmadan ve farklılık gözetmeden herkesin hukuk içindeki taleplerini yerine getirmeye ve gerçekleştirmeye çalışmak olmalıdır.

Toplumun her kesiminin dil, din, ırk farkı gözetilmeksizin halkın iradesi kavramı içinde değer görmesinin ve hak ve özgürlüklerinin güvenceye kavuşmasının yolu çoğunluk iradesinin hukukla, yani anayasa ve anayasa yargısıyla sınırlandırılmasıdır. Bu anlamda anayasa ve anayasa yargısı çoğulcu demokrasinin de güvencesidir.

Burada şunu da unutmamak gerekir ki çoğulcu demokrasi anlayışı her şeyden önce bir kültür seviyesi ve bir yaşam biçimidir. Yani şekli anlamda şartları tamamıyla oluşmasa da çoğulcu demokrasinin şeffaflık, katılımcılık, hoşgörü ve açık fikirlilik²⁰⁹ gibi olmazsa olmaz temel kavramlarını özümseyerek yaşayan bir çok ülke mevcuttur. Anayasa yargısını kabul etmese de İngiltere, Hollanda, Belçika, İsviçre gibi ülkeler²¹⁰ çoğulcu demokrasinin ilkelerini yerine getirip, bunu bir yaşam biçimi haline getirmişlerdir.

Bunun tersine anayasa yargısını ve demokratik kurumları sözde var olup da şeffaflık, katılımcılık ve insan hak ve özgürlüklerinin gerçekleşmesinde sorunlar olan birçok ülke mevcuttur. Dolayısıyla burada şekli şartların gerçekleşmesinin yanında asıl olan, çoğulcu demokrasiye ait olan değerlerin toplumda kabul edilen ve yaşanan değerler olmasıdır.

Elbette ki temel evrensel insan hakları ilkelerinin ve anayasal değerlerin özümsemesi halinde bu ilke ve değerlerin ihlal edilebileceği yönünde bir kaygı oluşmayacağından, bu durumda yargıya ayrı bir misyon yüklemeye gerek olmayacaktır. Ancak yine de çoğulcu demokrasi idealinin sistemsal olarak gerçekleşmesi ve muhafazası adına her halükarda kuvvetler ayrılığı ilkesine ihtiyaç duyulmaktadır. Bu sebeptendir ki, kuvvetler ayrılığı ilkesi hukuk devleti temelinde şekillenen bütün anayasalarda anayasal ilke olarak kabul edilmiş ve yaşanılır hale gelmiştir.

²⁰⁹ Sibel İnceoğlu, (2013), "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, İnceoğlu, Sibel(Ed.). Şen Matbaa, Ankara, s. 33.

²¹⁰ Atar, a.g.m., s. 6.

2.5. ÇOĞULCU DEMOKRASİ – ÇOĞUNLUKÇU DEMOKRASİ

Çoğunlukçu demokrasi anlayışı parlamentonun egemenliği ilkesine dayalı bir anlayış olarak kabul edilmiştir. Burada "seçim" demokrasinin şekillenmesinde temel ve esas unsur olarak yerini alır. Buna göre seçimi kazanan parlamento çoğunluğu ve onun arkasındaki irade, siyasal iktidarın oluşumunda ve kararların alınmasında tek unsur olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çoğunlukçu demokrasi anlayışında söz sahibi olan çoğunluğun iradesidir. Bu anlayış açısından çoğunluğun azınlık üzerinde baskı unsuru olması, çoğunluk lehine ayrımcılık yapılması ve azınlık haklarının ikinci plana itilmesi sorunları ile sıkça karşılaşmaktadır. Bu sorunlar, çoğunlukçu anlayış sebebiyle evrensel hukuki kazanımlar, temel hak ve özgürlükler ve eşitlik ilkesi gibi temel ilkelerin tehlikeye girmesi sonucunu doğurmaktadır.

Bütün bu sebeplerle çoğunlukçu demokrasi anlayışı günümüz modern demokrasileri tarafından reddedilmiş ve yerini çoğulcu demokrasi anlayışına bırakmıştır. Burada öncelikle çoğunlukçu parlamenter sistemin sakıncalarını gidermek için "Anayasal Devlet" ilkesi ön plana çıkmış ve ardından "Anayasa Yargısı" önem kazanmıştır. Bu şekilde azınlık hakları ve temel ilkeler güvenceye kavuşturularak çoğulcu demokratik kazanımlar uygulama alanı bulmuştur. Kuvvetler ayrılığı ilkesi de anayasal devlet içerisinde temel yapı taşı olarak ortaya çıkmış ve çoğulcu demokrasi için ayrı bir güvence olarak belirlenmiştir.

Aslına bakılırsa, çoğulcu demokrasi anlayışı tezimizin başında ele aldığımız toplumda var olan iktidar unsurları arasında en uygun dengeyi sağlayan bir demokrasi anlayışı olarak ortaya çıkmaktadır. Bilindiği gibi toplumda var olan her bir birey ve her bir tüzel kişilik ayrı bir iktidar unsurudur. Bu iktidar unsurları arasındaki çatışmalar medeni hak ve kazanımların zedelenmesi ve tehlikeye girmesi sorununun temel sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeple iktidarlar arası denge kurulması ve bu iktidarların adalet temelinde eşit iktidara sahip olması²¹¹ sorunun çözümü adına zorunluluktur. İşte çoğulcu demokrasi anlayışı toplumda var olan iktidarlar arasında

²¹¹ Aydın İpek, (2015), *Çoğulculuk Temelli Anayasa Yargısı ve Laiklik* 1. Baskı, Yitik Hazine Yayınları, İzmir: s. 24.

dengeyi kuran, çatışmaları önleyen ve medeni hak ve kazanımları güvence altına alan bir yapıya sahiptir.

Toplumda iktidarlar arası dengenin gözetilmesi konusu aynı zamanda kuvvetler ayrılığı prensibinin de ilgi alanı olduğundan çoğulculuk ve kuvvetler ayrılığı ilkeleri aynı amaca hizmet etmektedir. Çoğunlukçu anlayış ise, çoğunluk iradesinin sınırlandırılmasını reddettiğinden kuvvetler ayrılığı ilkesi ile örtüşmemektedir. Bu açıdan bakıldığında iktidarın sınırlanması sonucunu doğuran doğal hukuk anlayışı da tıpkı kuvvetler ayrılığı ilkesi gibi çoğunlukçu demokrasi anlayışı ile ters düşmektedir. Çoğunlukçu anlayış aynı zamanda azınlık haklarını görmezden geldiğinden temel hak ve özgürlükler konusunda da sorunlu bir anlayıştır. Bu sebeple de çoğunlukçu demokrasi anlayışı için, çağdaş demokrasinin özüne ve ruhuna uymayan, temel hukuk ilkeleriyle çelişen ve evrensel insan hakları kazanımlarından uzak bir demokrasi anlayışı demek yanlış olmayacaktır.

Çoğulculuk anlayışı ise, iktidarlar arası gözettiği denge ve bu yolla topluma sunduğu kazanımların yanında çoğunluğun yönetme hakkını da reddetmemektedir. Bu sebeple anayasa yargısının azınlık haklarını gözetirken hukuki sınırlar içinde kalması, yasama yetkisini ihlal etmemesi ve siyasal sürece dahil olmaması gerekmektedir.²¹² Burada karşılaşılan ikilem sorunu, yasama, yürütme ve yargı iktidarını kullananların anayasanın ve hukukun kendilerine çizdiği sınırlar içinde işlevlerini liyakat kriterine uygun olarak gerçekleştirmeleriyle aşılabılır.

Anayasal bir devlette erklerin ve kurumların görev tanımı evrensel hukuk kuralları gözetilerek belirlenmiş, anayasada ve mevzuatta yerini almıştır. Buna göre yasama organının görev tanımı ve kendisine yüklenen misyon belirlenmiştir ve yasama organı bu görev tanımı dışına çıkamaz. Bunun gibi yürütme organı için de aynı şey geçerlidir ve yürütme organı da belirli olan görev tanımı dışına çıkamaz. Aynı durum yargı ve Anayasa Mahkemesi için de geçerlidir. Buna göre Anayasa Mahkemesinin de Anayasa ve mevzuattta evrensel hukuka uygun olarak belirlenmiş görev tanımı dışına çıkması mümkün değildir. Aksi durum yetki tecavüzü veya yetki aşımı anlamına gelir ki bu durum hukuk devleti açısından kabul edilemez niteliktedir. Bu açıdan bakıldığında

²¹² İpek, (2015) a.g.e., s. 26.

anayasal devlet azınlıkların haklarını güvence altına aldığı gibi ayrım gözetmeksizin çoğunluk haklarını da gözetmekte azınlık – çoğunluk ayrımına girmeden çoğulcu demokrasinin gerçekleşmesine hizmet etmektedir.

Çoğunlukçu demokrasi anlayışının parlamentoda şekillenmesi sebebiyle farklı sakıncalar da ortaya çıkmaktadır. Buna göre parlamentoda halkın ve çoğunluğun temsil usulü ile, siyasal elit olarak tabir edilenlerce temsil edilmesi söz konusudur. Çoğunluğun iradesini şekillendiren, parlamentodaki iktidar partisinin milletvekillerinin iradesidir. Bunun da ötesinde katı disiplinli parti sisteminin olduğu ülkelerde parti iradesi milletvekillerinin iradesinin de önüne geçmektedir. Nihayetinde iktidar partisi genel başkanının iradesi hem partinin hem de meclisin iradesini şekillendiren bir mahiyet taşımaktadır. Bu sebeple ve çoğu zaman başlangıçta çoğunluğun iradesi olarak ortaya çıkan çoğunlukçu demokrasi, nihayetinde genel başkanın ve onun etrafında toplanan siyasal elitlerin iradesine dönüşmektedir.

Özellikle eski komünist rejimlerde ve günümüz Kuzey Kore örneğinde bariz örneğini gördüğümüz üzere, çoğunluk iradesine uygun olarak yapılan seçim sonucu meclis üyeleri belirlenmekte, ancak meclis komünist parti ve liderinin iradesine göre hareket etmektedir. Başlangıçta kulağa hoş gelen çoğunlukçu demokrasi anlayışı ve yönetimi, çoğulculuğun kazanımlarından uzak olduğundan, azınlığın haklarının ihlal edilmesinin yanında çoğunluk olarak iktidar partisine oy verenlerin de haklarının ihlal edilmesi sonucunu doğurmakta ve diktatöryal yönetime dönüşmektedir. Sonuçta tek düze ve kapalı bir toplum yapısı ile ekonomik darboğaz ve sosyal problemler bu tür ülkelerin kaderi olarak ortaya çıkmaktadır.

Çoğunlukçu anlayışta ortaya çıkan bir başka sorun, çoğunluk iradesine yön veren siyasal elitlerin kendisini başkalarının üstünde ve ayrıcalıklı görmesi sorunudur.²¹³ Böyle bir yaklaşım içerisine giren elitler, kendisini ayrıcalıklı gördüğü için eşitliksiz uygulamalara sebebiyet vermekte, ülkeye ait değerleri kendisinin zannına kapılarak ve kendisine verilen yetkiyi kullanarak devlet malını usulünce veya usulsüz olarak yağmalamayı bir hak olarak görebilmektedir. Çoğulcu demokrasi anlayışı ile bağdaşması mümkün olmayan, eşitlikle de bağdaşmayan böylesi yaklaşımlar ile

²¹³ İpek, (2015) a.g.e., s. 25.

yakınları kayırma, torpil yapma ve liyakatı gözetmeme gibi yaklaşımlar çoğunlukçu anlayışın sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu durum ise adeta toplumun dinamitlenmesine ve büyük yıkımların yaşanmasına zemin hazırlamaktadır.

Çoğunlukçu demokrasi, adeta demokrasiyi seçimden ibaret gören bir yaklaşımı bize sunmaktadır. Oysa Kuzey Kore, eski doğu bloku ülkeleri, Saddam'ın Irak yönetimi ve Suriye örneklerinde olduğu gibi seçimin demokrasinin yaşamsal olmasında tek başına yeterli olmadığını gözler önüne sermektedir. Seçimle demokrasinin ancak şekli unsuru gerçekleşmiş olmakta, demokrasinin asıl ve esas unsurları olan çoğulculuk temelli ilkeler hayat bulmadan gerçek anlamda demokrasiden söz etmek mümkün olmamaktadır. Sonuç itibariyle, demokrasinin yaşamsal olması ile yönetimin etik olarak meşru olması için çoğulcu anlayışa, hukukun temel prensiplerine bağlılığa ve liyakat kriterlerinin yerine getirilmesine ihtiyaç duyulmaktadır.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
KUVVETLER AYRILIĞI

3.1. KUVVETLER AYRILIĞI KAVRAMI VE GELİŞİM SÜRECİ

İktidarın kullanımında despotizmin önüne geçilmesi ve adil yönetimin gerçekleştirilmesi ilk çağlardan günümüze kadar önemini yitirmeyen bir konu olmuştur. Eflatun "Devlet" adlı kitabında ideal yönetim biçimini araştırmış, Aristo ise bu çabayı devam ettirmiştir.²¹⁴ Aristo için "erdemlilik" fikri hareket noktası olmuştur. Yönetim baskısının, istibdadın ortadan kaldırılmasını hedefleyen Aristo, en iyi yönetimin her faaliyetin ayrı bir organa verildiği devlette gerçekleşeceğini ileri süren düşünürdür.²¹⁵

İlk çağlardan günümüze öğretideki gelişimi devam eden kuvvetler ayrılığı ilkesi sistematik olarak ilk yazılı anayasa olan ABD Anayasası ile ilk defa uygulamaya kavuşmuştur.²¹⁶ Ancak bu ilkenin ilk defa ortaya çıkışı İngiltere'deki 1689 Haklar Bildirgesi'ne dayanmaktadır. Daha sonraki süreçte Amerikalı ve Fransız düşünürler kuvvetler ayrımı ilkesini teorileştirmiş ve pratiğe uygun hale getirmişlerdir.²¹⁷ Öyle ki, kuvvetler ayrılığı ilkesi anayasacılık açısından temel yapı taşı olarak kabul edilmiş ve kuvvetler ayrılığı ilkesine yer vermeyen siyasal yapılarda anayasanın olmasının mümkün olmadığı kabul edilmiştir.²¹⁸ Zira kuvvetler ayrılığı ilkesi, anayasacılığın özünde var olan iktidarı sınırlayarak gücün tek elde toplanmasını engellemekte, erkleri birbirinin karşısına koyarak dengeyi sağlamakta ve sınırsız güç arzusunun önüne geçerek sınırlı iktidarı meydana getirmeye çalışmaktadır.²¹⁹

Özbudun'a göre kuvvetler ayrılığı devlet iktidarının çeşitli fonksiyonlarının aralarında işbirliği olan farklı organlarca yerine getirilmesidir ve kuvvetler ayrılığı gerçekte fonksiyonlar ayrılığıdır. Devlet kudreti ise tek ve bölünmezdir. Ancak bu kudretin birden çok olan fonksiyonları ile birden çok olan organlarını ayırt etmek gerekir. Yasama organı yasama fonksiyonunu, yürütme organı yürütme fonksiyonunu ve yargı organı yargı fonksiyonunu yerine getirir.²²⁰ Teziç'e göre ise kuvvetler ayrılığı kamu hizmetlerinin iyi işlemesi ve kişi hürriyetlerinin devlete karşı korunması bakımından

²¹⁴ Akgül, a.g.m., s. 82.

²¹⁵ Erdoğan Teziç, (2004), *Anayasa Hukuku*, 9. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul: s. 394.

²¹⁶ Akgül, a.g.m., s. 81.

²¹⁷ Arzu Pekin Kaya, (2014), İngiltere'de Kuvvetler Ayrılığı, *HUKAB*, Sayı: 9, Ankara: s. 74.

²¹⁸ Akgül, a.g.m., s. 83.

²¹⁹ Turhan, a.g.e., ss. 26-27.

²²⁰ Özbudun, a.g.e., s. 83.

devletin yasama, yürütme ve yargılama fonksiyonlarının birbirine karşı bağımsızlığı olan organlarca kullanılmasıdır.²²¹ Bu tanımda kuvvetler ayrılığı ilkesinin hem devletin işleyişinde işlevselliği sağlama yönü hem de kişi hak ve hürriyetlerini güvence altına alan yönü göze çarpmaktadır. Biz de tezimizde kuvvetler ayrılığının farklı yönlerini ele almakla birlikte, mümkün olduğunca kuvvetler ayrılığının fonksiyonlar ayrılığı tanımını aşan ve devlet iktidarını sınırlandıran, kişi hak ve hürriyetlerini güvence altına alan geniş anlamına ışık tutmak istiyoruz.

Tezimizde hukuk devletinin unsurları başlığı altında bahsi geçtiği gibi "kuvvetler ayrılığı" hukuk devletinin en temel kurucu unsurlarındandır. Kuvvetler ayrılığı, hukuk devletinin temel unsuru olmakla kalmaz, aynı zamanda diğer unsurların gerçekleşmesi için de zorunlu unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Kısaca belirtecek olursak hukuk devletinin unsurları olan yürütmenin ve yasamanın yargısal denetiminden veya yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığından söz edebilmek için öncelikle ülkede kuvvetler ayrımının gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Aynı şekilde temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması da ancak kuvvetler ayrımı ile mümkündür. Matematiksel olarak formüle edecek olursak temel hak ve özgürlüklerin güvencesi için kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi, bu denetim için ise anayasa yargısının varlığı gerekir. Anayasa yargısı ancak bağımsız bir kuvvet olarak yargının temsilcisi olursa işlevseldir. Bu ise ancak kuvvetler ayrımı ile mümkündür. Dolayısıyla kuvvetler ayrımının hukuk devletinin unsuru olma durumunu aşan bir konumu vardır. Adeta kuvvetler ayrımı hukuk devletinin varlığının temel şartı olarak karşımıza çıkmaktadır. Özetle söylemek gerekirse hukukun üstünlüğüne dayanan siyasal sistemlerde kuvvetler ayrılığı ilkesi vazgeçilmezdir ve kuvvetler ayrılığı ilkesinin uygulanabilmesi yasama ve yürütmenin işlemlerinin yargı denetimine tabi tutulmasını gerektirir.²²²

Kuvvetler ayrılığı ilkesi, işlevsel olarak, devlet iktidarını sınırlandırmakta ve özgürlükleri güvence altına almaktadır. Bu ilke iktidarın tek bir elde toplanmasının önüne geçer. İktidarın yasama, yürütme ve yargı organları arasında dağıtılarak denge ve denetimin gerçekleşmesi sağlanmış olur. Devletin vazgeçilmez niteliği olan egemenlik

²²¹ Teziç, a.g.e., s. 393.

²²² Mahmut Şen, (2012), İdarenin Yargısal Denetiminin Sınırlarına İlişkin Modeller, *HUKAB*, Sayı: 3, Ankara: s. 67.

unsurunun yasama, yürütme ve yargı organları tarafından temsil edilmesi ve kullanılması demokrasinin temeli olarak da kabul edilmektedir.²²³ Bu bağlamda kuvvetler ayrımı ilkesi için "ulusal iradenin ortaklaşa kullanımı" olarak nitelemeye bulunmak yerinde olacaktır.²²⁴ Bu niteleme demokrasinin ruhuna da uygun bir nitelemedir ve mutlakiyetçi - despotik yönetimlerle gerçek anlamda çoğulcu demokratik yönetimlerin ayırt edici noktasıdır. Zira mutlakiyetçi, despotik rejimlerde ulusal iradenin ve egemenliğin ortaklaşa kullanımından bahsetmek mümkün değildir.

Tarihsel süreçte kuvvetler ayrılığı kavramı Montesquieu'nun adıyla özdeşleştirilmiştir.²²⁵ Bunun sebebi Montesquieu'nun bu sorunu en açık ve en belirgin olarak ortaya koyması ve siyasal özgürlüğü kuvvetler ayrılığından doğacak dengeye bağlaması olarak görülmüştür.²²⁶ Oysa kuvvetler ayrılığı teorisi ya da sistemine ilişkin olarak Montesquieu'dan önce başka düşünürler de bu konuda fikir yürütmüştür. Örneğin Aristo'ya göre, devletin işlevlerinin üç temel ögesinden birincisi topluca görüşüp düşünme yani meşveret, ikincisi bütün görev ve yetkilerle bunların nitelikleri yani yürütme ve üçüncüsü yargı düzenidir.²²⁷

Bir başka düşünür Jean Bodin aynı kişide yasa koyucu ve yargı rolünün toplanmasının sakıncalarını ileri sürmüştür.²²⁸ Yürütme ve yasama erkleri kralın elinde olmalı, ancak yargı iktidarı başka erklerle verilmeli diyen Bodin, egemen irade tarafından ilahi ve doğal hukuka aykırı işlemlerde bulunulamayacağını, pozitif hukukta ise egemen iradenin engellenemeyeceğini ifade eder ve kralın halkı adaletle yönetmesi gerektiğini, adaletin sağlanması için de yargılamayı yargıçların yapması gerektiğini savunur.²²⁹ Görüldüğü gibi Jean Bodin'in düşüncesinde, her ne kadar mutlak monarşi savunulmuş olsa da ve sistematize edilmemiş olsa da bir kuvvetler ayrılığı fikri açıkça görülmektedir.

²²³ Hasan Tahsin Gökcan, (2002), Çağcıl Hukukta ve 1982 Anayasasında Yargı Erki, *Türk Hukuk Dünyası Dergisi*, Sayı: 3, Ankara: s. 120.

²²⁴ Sait Güran, (1996), Yargı Reformu, *Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı*, Yıl: 2, Sayı: 10, Ankara: s. 923.

²²⁵ Özbudun, a.g.e., s. 169.

²²⁶ İpek, a.g.e., s. 66.

²²⁷ Kutlu, a.g.e., s. 141.

²²⁸ Teziç, a.g.e., s. 394.

²²⁹ Kaçar Kızıler, a.g.e., s. 68.

Aslına bakılırsa geniş anlamıyla kuvvetler ayrılığı fikri, adı konmamış olsun ya da kısmi olsun adil idare yönetiminin var olduğu bütün devlet sistemlerinde yer almaktadır. Kanaatimizce ve birçok yazarın düşüncesine muvafık olarak, doğal hukuk düşüncesinin özünde iktidarın sınırlandırılması gerçeği bulunmaktadır. Daha açık anlatımla, doğal hukuk başlı başına iktidarı sınırlandırıcı bir özellik taşımaktadır. Bunun başlıca sebebi adalet kavramının nesnel olması ve insanların öznel görüşlerinden bağımsız olmasıdır.²³⁰ Dolayısıyla adalet fikrini amaç edinen ve bunu belli oranda da olsa gerçekleştirebilen iktidarların ortak noktası kendi öznel düşüncelerini ve keyfi davranışlarını dizginleyerek nesnel adalete ve doğal hukuka yönelmiş olmalarıdır.

Bu sebeple kuvvetler ayrılığı düşüncesi mutlak manada olmasa da ve kısmi olsa da, tarihte de birçok örnekte karşımıza çıkmaktadır. Örneğin Roma idaresinde kralın yanında senatonun varlığı, bazı dönemlerde kralı senatonun seçmesi ve hükümetin görevde kalıp kalmayacağına karar vermesi gibi uygulamalar²³¹ Roma'da kısmi bir kuvvetler ayrılığı idaresinin varlığının işaretleridir. Osmanlı'dan örnek verecek olursak, Osmanlı'da padişahın yanında var olan şeyhülislam dini bir hüviyette olsa da yargıyı temsil etmekte ve farklı birçok örnekte görüldüğü üzere padişah iradesine yön verebilmektedir. Bu durum da aslında kısmi de olsa, kuvvetler ayrılığı ilkesinin işareti olarak kabul edilmelidir. Bununla birlikte padişah iradesinin yanında var olan divan-ı hümayun'un yönetsel kararların alınmasında çoğu zaman padişah ve dolayısıyla iktidar iradesini şekillendirmesi de aslında kısmi de olsa kuvvetler ayrılığı ilkesinin işareti olarak görülmelidir. Osmanlı'da olduğu gibi Roma ve eski Yunan site devletlerinde ve benzeri şekilde yönetsel kararların toplantı kültürüyle şekillendirildiği sair örneklerde, egemenliğin iradi de olsa paylaşımıyla, keyfi uygulamaların sınırlandırılmasına ve dahi sistematize olmasa da geniş anlamıyla kuvvetler ayrılığı ilkesine ilişkin ipuçları karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeple tarihsel süreçte krallıkla veya padişahlıkla yönetilen ülkelerde bile, hukukun uygulama alanı bulduğu ve adil yönetimin kısmen de olsa yaşandığı dönemlerde, kral veya padişahın bazı yetkilerini devretmiş olduğunu ve sınırlı bir kuvvetler ayrımının var olduğunu söyleyebiliriz.

²³⁰ Kutlu, a.g.e., s. 199.

²³¹ Kaçar Kızılar, a.g.e., s. 67.

Doğal hukuka ilişkin tespitlere geri dönecek olursak, Jean Bodin ve Aquino'lu Thomas gibi yazarların da iktidarın doğal hukukla sınırlandırıldığını ifade ettiklerini görürüz.²³² Ayrıca iktidarın sınırlandırılmasıyla ilgili, Spinoza yasaların iktidarı keyfilikten uzaklaştıracağını, Hobbes kişilerin vazgeçilmez haklarına dokunmamanın iktidarın sınırı olduğunu ve son olarak Rousseau ortak faydanın iktidarın sınırı olduğunu ifade etmiştir.²³³ Bütün bu yazarların görüşlerinden yola çıkarak iktidarın sınırlandırılması ve ona bağlı olarak kuvvetler ayrılığı düşüncesinin çok eski çağlara kadar uzanan bir geçmişinin olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Zira devlet içindeki çeşitli işlevleri birbirinden ayırmakla²³⁴ kuvvetler ayrılığı kuramının temellerini atan düşünür olduğunu söyleyebileceğimiz Aristo, unutulmamalıdır ki eski Yunan düşünürlerinden birisidir.

Kuvvetler Ayrılığı ilkesini ilk dile getiren kişi ise John Locke olmuştur. John Locke'a göre devlet yönetiminde yasama kuvveti, yürütme kuvveti ve federatif kuvvet olmalı ve bunlar birbirinden ayrılmalıdır.²³⁵ Görüldüğü gibi Locke yargıyı ayrı bir kuvvet olarak görmemektedir. Locke yargıyı yasalarla bağlarken yargılamayı yürütmenin işlevlerinden biri olarak kabul etmektedir.²³⁶ Kanımızca yargının ayrı bir kuvvet ya da erk olarak var olması kuvvetler ayrılığı ilkesinin temel dayanağı niteliğinde ve hukuk devletinin vazgeçilmezi konumundadır. Bu sebeple Locke'un ayrımı kuvvetler ayrımının özüne uygun bir ayırım olarak karşımıza çıkmamaktadır.

Montesquieu ise Locke'ten farklı olarak yasama ve yürütmenin yanı sıra yargılamayı bir üçüncü kuvvet olarak kabul etmektedir. Montesquieu'ya göre özgürlüklerin varlığı için yasama kuvveti, yürütme kuvveti ve yargı kuvvetinin birbirinden ayrılmış olması gerekir. Ona göre iktidarın kötüye kullanılmaması için bu üç iktidarın ayrı ayrı ellerde bulunması gerekir.²³⁷ Bu açıdan bakıldığında Montesquieu'nun siyasal kuramı kuvvetler arası dengeye ve iktidarın iktidarla sınırlandırılmasına dayanır.²³⁸ Montesquieu'nun bu kuramı çağın demokratik hukuk devletlerinde

²³² Kutlu, a.g.e., s. 100.

²³³ Kutlu, a.g.e., s. 100.

²³⁴ Kutlu, a.g.e., s. 103.

²³⁵ Gözler, a.g.e., ss. 82-83.

²³⁶ Kutlu, a.g.e., s. 111.

²³⁷ Turhan, a.g.e., s. 25.

²³⁸ Kutlu, a.g.e., s. 112.

sistemleştirilerek kendisine yaşama alanı bulmuştur. Öyle ki kuvvetler ayrımı kavramı artık bir kuram olmaktan çıkmış hukuk devletlerinin temel ilkesi halini almış ve birçok ülkede gerçekleşme olanağı bularak sisteme dönüşmüştür.

Bu sebeple Montesquieu'yu önemli kılan da teorisinin yaşamsal olması ve günümüzün gelişmiş demokratik hukuk devletlerine ışık tutarak despotik rejimlerden uzaklaşılmasına önemli katkı sunmuş olmasıdır. Montesquieu kanunların her toplumun şartlarına uygun olması gerektiğini, ayrıca bir toplumdaki yasaların kendi arasında da bağlantı ve uyumun bulunması gerektiğini vurgulayarak, bunu "kanunların ruhu" olarak açıklamıştır.²³⁹ Montesquieu'ya göre yürütme kuvveti monarkın elinde bulundurulmalı, yasama kuvveti bir kurula ait olmalı ve yargı kuvveti ise mahkemelere ait olmalıdır.²⁴⁰ Teorinin günümüz demokratik hukuk devletlerinde farklı farklı sistemleşmiş uygulamaları olsa da, bütün uygulamaların özünde iktidarın sınırlandırılması ve temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması düşüncesi vardır. Montesquieu da kuramında özgürlükleri gerçekleştirmeye ve sınırlı iktidarın nasıl gerçekleşeceğini göstermeye çalışmaktadır.²⁴¹

Montesquieu'nun siyasal özgürlük konusuna vermiş olduğu değer ve siyasal özgürlüğün temininin iktidarın sınırlandırılması ile mümkün olacağı düşüncesi sebebiyle, Montesquieu'nun fikirleri anayasal hareketlerin esin kaynağı olmuştur.²⁴² Bununla birlikte Montesquieu'nun kuramının zayıf noktası düşünürün yargı iktidarına gerekli değeri vermemiş olması ve yargı iktidarını yasaların uygulanmasına ilişkin sorun olarak görmesidir. Montesquieu, yargıçları yalnızca yasaların sözlerini söyleyen dilden ibaret görmektedir.²⁴³ Ayrıca Montesquieu'ya ait "Kanunların Ruhu" adlı eserde, yasama gücü yürütme gücünü engelleme yetkisine sahip görülmeyerek yasama gücü yürütme gücünün güdümü altına sokulmaktadır.²⁴⁴ Sonuç olarak Montesquieu'nun kuramında zayıf noktalar olmakla birlikte, kuramın devlet iktidarını sınırlandırıcı olması, yasama, yürütme ve yargı erklerine dayalı denge - denetim sistemi öngörmesi, özgürlüklere

²³⁹ Akgül, a.g.m., s. 83.

²⁴⁰ Gözler, a.g.e., s. 84.

²⁴¹ Turhan, a.g.e., ss. 25-26.

²⁴² Akgül, a.g.m., s. 83.

²⁴³ Kutlu, a.g.e., s. 114.

²⁴⁴ Kutlu, a.g.e., s. 115.

verdiği önem ve günümüz demokratik hukuk devletlerine ışık tutması itibariyle değeri tartışmasız kabul görmektedir.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi, devlet iktidarının yasama, yürütme ve yargı işlevleri baz alınarak bölünüp dağıtılması sonucu, iktidar kullanımını farklılaştırarak, özünde salt siyasi güce karşı devlet iktidarının ayrı ellerde toplanması yoluyla, iktidarlar arasında dengeler kurup, bu şekilde siyasi iktidarın sınırlandırılmasını amaçlamaktadır.²⁴⁵ Öz itibariyle ifade etmek gerekirse, kuvvetler ayrılığı ilkesinde amaç mutlak iktidarların baskıcı yönetimine karşı kişi hürriyetlerini güvence altına almaktır.²⁴⁶ Bu amacın gerçekleştirilebilmesi yönetimde baskının önüne geçilmesi ile mümkün olabilir. İşte kuvvetler ayrılığı ilkesi yasama, yürütme ve yargı organları arasında getirdiği denge ve denetim mekanizmasıyla yönetilenler üzerindeki baskıyı asgariye indirmeyi hedeflemektedir. Bu şekilde kişi hürriyetleri geniş bir şekilde gerçekleşme imkanı bulacaktır. Kuvvetler ayrılığı ilkesi demokrasinin çoğulculuk ilkesi ile de yakından ilgilidir. Bunun sebebi kuvvetler ayrımı ilkesi ile toplumda farklı çıkarları temsil eden farklı kişi veya grupların, seslerinin bastırılmasının önüne geçilerek, siyasal sürece katılımlarının sağlanmasına imkan tanınmış olmasıdır.²⁴⁷

3.2. ANAYASACILIK VE KUVVETLER AYRILIĞI

Anayasa devletin temel yapısını, yönetim biçimini, devletin temel organlarını, bunların birbirleriyle olan ilişkilerini, kişilerin devlete devletin de kişilere karşı olan hak ve görevlerini düzenleyen en üstün yasa olarak tanımlanmıştır.²⁴⁸ Anayasaların iç hukuk rejimleri ve özellikle egemenlik konusundaki düzenlemeleri ile yasama, yürütme ve yargı organlarına ilişkin kuvvetler ayrılığını içeren düzenlemeleri önemlidir. Zira anayasaların amacı iktidarın işleyişini düzene koymak, keyfi hareketleri önlemek ve yönetilenlerin haklarını korumaktır. Böylece devlete hukukun üstünlüğü kabul ettirilmiş olacaktır.²⁴⁹

²⁴⁵ Kutlu, a.g.e., s. 198.

²⁴⁶ Teziç, a.g.e., s. 393.

²⁴⁷ Eren, a.g.e., ss. 214-215.

²⁴⁸ Yılmaz, a.g.e., s. 76.

²⁴⁹ İpek, a.g.e., s. 37.

82 Anayasasının Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğünü düzenleyen 11. maddesinde "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır." denilerek bu durum ortaya konulmuştur. Ayrıca Anayasa Mahkemesi bir iptal başvurusu üzerine vermiş olduğu kararda; AY.'nın 6. maddesinin üçüncü fıkrasının hiçbir kimsenin ya da organın kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisini kullanmayacağını öngördüğünü belirterek, Anayasanın kendisi düzenlemedikçe, açıkça olur vermedikçe ya da bir yasa ile düzenlenebileceğini belirterek bu yolla kullanılacağını bildirmediği bir organ ya da kişinin bir devlet yetkisini kullanamayacağını ifade etmiş ve Anayasal dayanağı geçerlilik koşulu olarak kabul etmiştir.²⁵⁰ Hukuk devleti düzeninde "anayasanın üstünlüğü" ilkesi esastır ve siyasal iktidar karar alma, emir verme ve gerektiğinde kuvvete başvurma imkanlarına sahip olmakla birlikte anayasada gösterilen sınırlarla sınırlandırılmış bir iktidardır.²⁵¹ Anayasa bu özelliği itibarıyla hem siyasal iktidarı sınırlandırmakta, hem de anayasaya uygunluk süzgecinden geçirerek siyasal iktidara meşruluk kazandırmaktadır.²⁵²

Anayasanın üstünlüğü ile gerçekleştirilmesi hedeflenen aslında "hukukun üstünlüğü" ilkesidir. Zira temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınabilmesi ancak anayasa ile mümkün olmaktadır. Anayasa normlar hiyerarşisinde kanun, tüzük, yönetmelik ve diğer yazılı hukuk kurallarının üstünde yer almaktadır. Anayasaya verilmiş olan üstünlük ve bağlayıcılık özellikleri onun temel hak ve özgürlüklerin güvencesi olmasına imkan sağlamaktadır. Bu sebeple yasama iktidarı hak ve özgürlüklere aykırı düzenlemelerde bulunamayacak, yürütme iktidarı hak ve özgürlüklere aykırı eylem ve işlemler gerçekleştiremeyecek ve yargı iktidarı hak ve özgürlükleri göz ardı ederek hareket edemeyecektir.

Bu noktada anayasa yargısının varlığı da önem taşımaktadır. Yasama organının üst norm olan anayasaya aykırı yasa çıkarmasının önüne geçecek olan "Anayasa Yargısı" dır. Aksi halde anayasaya aykırılığın denetimi mümkün olmayacaktır. En

²⁵⁰ AYM'nin 30.05.1990 gün, 1990/2 Esas ve 1990/10 Karar Sayılı İlâmı, [http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/ea17cf20-e4c4-4755-ae5b-160614a41969?](http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/ea17cf20-e4c4-4755-ae5b-160614a41969?excludeGerekce=False&wordsOnly=False) excludeGerekce=False&wordsOnly=False (03.03.2016).

²⁵¹ Gürsel Özkan, (2010), Anayasa Mahkemesine Göre Hukuk Devletin Anlamı ve Yargının Konumu, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı: 1, Ankara: s. 97.

²⁵² Özkan, a.g.e., s. 97.

gelişmiş anayasaların bulunduğu ülkelerin anayasaları çoğulculuk ve hoşgörü temeline dayanmaktadır.²⁵³ Azınlıklara çoğunluk olma imkanının tanınması, düşünceyi ifade özgürlüğü, seçme, seçilme ve siyasi etkinlikte bulunma, siyasi parti ve dernek kurma özgürlükleri gibi özgürlüklerin tanınması anayasacılık açısından vazgeçilmezdir. Anayasacılık iktidarları birbirinden ayırıp bölerek devlet gücü üzerinde etkin bir sınırlama sistemi getirmek olarak tanımlanmış ve anayasacılık düşüncesi iktidara güvenmeme ile insan haklarını gerçekleştirme temelleri üzerine oluşturulmuştur.²⁵⁴ 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesinin 16. maddesinde "insan haklarının sağlanmadığı ve kuvvetler ayrılığının belirlenmediği toplumlar asla anayasaya sahip değildir" hükmü yer almaktadır. Bu sebeple normlar hiyerarşisinde en üstte yer alan Anayasanın da belli nitelikleri haiz olması, hukuk devletini sağlayacak, temel hak ve özgürlükleri güvence altına alacak ve kuvvetler ayrımını gerçekleştirecek hükümleri içermesi gerekmektedir. Aksi halde var olan hukuk metnine gerçek anlamda bir "Anayasa" demek mümkün olmayacaktır. Bu sebeple de anayasal devletle anayasalı devlet birbirinden ayrı kavramlar olarak kabul edilmiştir.²⁵⁵ Anayasacılıkla amaç iktidarın denetlenmesi olsa da, bu denetimle ulaşılması planlanan iktidarın iktidarsızlaştırılması değil aksine iktidarın meşrulaştırılmasıdır. Anayasacılıkla iktidarın kötüye kullanılmasının ve keyfi iktidarın önüne geçilmeye çalışılır.²⁵⁶

Dünyada anayasaların üç şekilde ortaya çıktığı görülmüştür. Buna göre, ilk olarak totaliter faşizmin sonucu meydana gelen başarısızlık ortamında gerçekleştirilen anayasalar, ikinci olarak sömürgecilere karşı ulusal kurtuluş savaşı sonunda ortaya çıkan anayasalar ve son olarak devlet sınırlarını aşarak yeni bir siyasal işbirliği için ortaya çıkmış federal birliklerin oluşturduğu anayasalar söz konusudur.²⁵⁷ Bu üç farklı anayasa süreci dikkate alınarak anayasayı yapan kurucu iktidarların da üç farklı şekilde ve üç farklı amaçla ortaya çıktıkları söylenebilir. Ancak farklı koşullar altında ortaya çıkan kurucu iktidarların ortak amacı uygun bir anayasal düzenleme ile özgürlüğün

²⁵³ Kutlu, a.g.e., s. 168.

²⁵⁴ Kutlu, a.g.e., s. 115.

²⁵⁵ Friedrich, a.g.e., s. 8.

²⁵⁶ Turhan, a.g.e., s. 22.

²⁵⁷ Friedrich, a.g.e., s. 17.

kurumsallaştırılması olmalıdır.²⁵⁸ Bu şekilde diktatörlüğün de önüne geçmek mümkün olacaktır.

ABD'de insanın devletten çok daha önemli olduğu varsayımı kabul görmüş²⁵⁹ ve anayasanın oluşumunda temel etken olarak ortaya konmuştur. Aslına bakılırsa bu yaklaşım bize Osmanlı'daki "insanı yaşat ki devlet yaşasın" anlayışını hatırlatmaktadır. Osmanlı'da devlet ideolojisinin temel unsuru "adalet düşüncesi" olmuştur.²⁶⁰ Ayrıca Osmanlı'da devlet otoritesini temsil edenlerin, reayaya karşı bu otoriteyi kötüye kullanmalarını, kanun, hak ve adaletle aykırı tutumlarını yasaklayan "adaletname" denilen beyanname şeklinde padişah hükümleri uygulanmaktadır.²⁶¹ Bu durumda padişahın adil olması halinde halkın can ve mal emniyetinin sağlanması ile hakkının, hukukunun korunması mümkün olabilmektedir.²⁶² Osmanlı'da bozulmalar başlamadan önce padişahların Dinan-ı Hümayun'a bizzat katılmaları, herkesin Sultan'ın huzuruna çıkıp derdini anlatabilmesi, şeyhülislam ve kadıların olur - olmaz nedenlerle görevden alınamaması ve haklarında esaslı suçlamalar yoksa mahkum edilememeleri olumlu ilkeler olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁶³

Sonuç itibarıyla ABD örneğinde ve Osmanlı örneğinde ortak nokta "insan"dır ve insan merkezli uygulamalar her iki örnekte de başarıya ulaşmış ve uygulayıcılarına meşruiyet kazandırmıştır. Aradaki fark Osmanlı'da padişahın mülkünde yer alan reayaya göstermiş olduğu şefkat ve adalet duygusunun büyük oranda kendi tasarrufunda olması, ABD'de insan hakları ve özgürlük temelli yaklaşımınsa sistemin gereği, anayasanın yükümlülüğü ve bağlayıcılığının sonucu olmasıdır. Sonuç ise her iki örnekte de "insan" odaklı yaklaşımın başarısı kanıtlanmış olmaktadır.

Evrensel anlamda anayasal devlet olarak nitelendirebileceğimiz bir devletin anayasasında bulunması gereken bir takım temel hakları kısaca belirtecek olursak; bunlar vicdan ve mülkiyet hakları, kendini gerçekleştirmeye yönelik haklar, ekonomik

²⁵⁸ Friedrich, a.g.e., s. 19.

²⁵⁹ Friedrich, a.g.e., s. 119.

²⁶⁰ Bülent Tanör, (1992), *Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri*, 25. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul: s. 26.

²⁶¹ Halil İncılık, (2007), *Osmanlı Hukuk Sisteminde Adaletin Üstünlüğü, Adalet Kitabı*, Arı, Bülent ve Aslantaş, Selim (Ed.). Orient Yayınları, Ankara: s. 139.

²⁶² İncılık, a.g.e., s. 139.

²⁶³ Tanör, a.g.e., s. 27.

ve sosyal haklar, siyasal haklar ve güvenlik hakkıdır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi 29. maddesinde herkesin haklarının ve özgürlüklerinin kullanılmasında sadece başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin gereğince tanınması ve saygı gösterilmesi amacıyla sınırlamalara tabi tutulabileceği belirtilmiştir.

Burada karşılaşılan sorun temel hak ve özgürlüklerin özellikle güvenlik sebebiyle sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı ve sınırlandırılacaksa ne şekilde sınırlandırılacağı sorunudur. Burada gözden kaçırılmaması gereken husus, güvenlik hakkının da temel hak ve özgürlüklerden biri olduğudur. Bu sebeple de insanların güvenliğinin sağlanması anayasal devlette güvence altına alınmıştır. Özgürlüklerin sınırlandırılması sorunu karşısında kriterimiz İnsan hakları Evrensel Bildirgesi'nin 29. maddesindeki "başkalarının hakları ve özgürlüklerinin ihlal edilmemesi" kriteridir. Hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması bir realitedir. Buna göre din ve inanç özgürlüğü, basın özgürlüğü ya da düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü var olan anayasal düzeni yıkma, diktatöryal otoriter bir düzen kurma amaçlı olarak kötüye kullanılabilir.²⁶⁴ Burada unutulmaması ve gözden kaçırılmaması gereken ise "kişinin kanaat ve inanç hakkı"nın anayasacılık hakkının en temeli olarak kabul edilmesidir.²⁶⁵ Bu ikilemden kurtulmak için yine "insan" merkezli yaklaşıma ihtiyaç duyulmaktadır.

Anayasal devlet güvenlik de dahil olmak üzere insan hak ve özgürlüklerini gerçekleştirmiş olan devlettir. Dolayısıyla böyle bir devlette refah, toplumsal barış, emniyet duygusu gerçek anlamda "anayasal" olmanın bir getirisi olarak vardır ve yaşamsaldır. Bütün bu unsurların yaşandığı anayasal devlette düşünce ve kanaatin açıklanması, basın ve inanç özgürlüğü, her ne olursa olsun ve her ne amaçla yapılsa yapılsın anayasal devlet olmanın gereği olarak korunmalıdır. Aksi durum kendi ile çelişme olur ki, asıl tehlikeli olan da ve devleti anayasal devlet olmaktan çıkarıp olağanüstü yönetim usulleri ile anayasal diktatörlüğe dönüştürme riski olan da bu durumdur. Anayasal diktatörlüğün sonucu olarak refahın, toplumsal barışın ve emniyet duygusunun kaybedilmesi kaçınılmaz olacaktır. Günümüzde ABD'de her türlü tehdide rağmen özgürlük ve insan merkezli yaklaşımdan vazgeçilmemesi ve bu yaklaşımın korunmaya çalışılmasının altında yatan sebep de budur. Sonuç olarak Anayasal düzenin

²⁶⁴ Friedrich, a.g.e., s. 133.

²⁶⁵ Friedrich, a.g.e., s. 135.

var olma amacı özgürlüklerin ve insan haklarının korunması olduğuna göre, bu özgürlüklerin yine bu özgürlükleri korumak için kaldırılması çelişkili olacaktır.²⁶⁶ Özgürlüklerin ortadan kaldırılması ise anayasal devletin sonu ve anayasal düzenin ortadan kaldırılması anlamına gelecektir.

3.3. KUVVETLER AYRILIĞINA DAYALI YÖNETİM SİSTEMLERİ

Kuvvetler ayrılığı ilkesine dayanan yönetim sistemleri, ilk olarak İngiltere'de ortaya çıkan parlamenter sistem, ikinci olarak ABD'de ortaya çıkan başkanlık sistemi ve son olarak Fransa, Almanya ve Finlandiya gibi ülkelerde uygulama alanı bulan yarı başkanlık sistemidir. Parlamenter sistemde kuvvetlerin birbirinden yumuşak bir şekilde ayrıldığı, başkanlık sisteminde kuvvetlerin birbirinden sert bir şekilde ayrıldığı ve yarı başkanlık sisteminde ise karma yapıda bir sistem öngörülmüştür. Kuvvetler ayrılığına dayalı yönetim sistemlerinin sınıflandırılmasında kullanılan başlıca ölçüt yasama ve yürütmenin birbirleri ile ilişkisidir.²⁶⁷

3.3.1. Başkanlık Sistemi veya Sert Kuvvetler Ayrılığı Sistemi

Başkanlık sistemi, yasama ve yürütme kuvvetlerinin birbirinden mutlak bir şekilde ayrıldığı ve iki farklı organa verildiği bir sistem öngördüğü için sert kuvvetler ayrılığı sistemidir. ABD'nin 1787 Anayasası ile ortaya çıkan başkanlık sisteminin en belirgin örneği de, yine ABD'de görülmektedir. Başkanlık sistemi, ABD dışında özellikle Latin Amerika ülkelerinde uygulama alanı bulmuştur. Ancak başkanlık sistemini ABD dışında uygulayan rejimler ABD'deki gibi sürekliliği sağlayamamış, ekserisi otoriter nitelikteki başkancı rejimlere dönüşmüşlerdir.²⁶⁸ Bu sebeple ABD örneğinden yola çıkarak Başkanlık sistemini izah etmek gerekmektedir.

ABD Anayasasına göre yasama yetkisi Senato ve Temsilciler Meclisi'nden oluşan Birleşik Devletler Kongresi tarafından kullanılır. Yürütme yetkisi ise Başkan'a

²⁶⁶ Friedrich, a.g.e., s. 150.

²⁶⁷ Engin Avcı, (2015), *Başkanlık Sistemi*, 1. Baskı, Yason Yayınları, Ankara: s. 11.

²⁶⁸ Teziç, a.g.e., s. 427.

verilmiştir. Yürütme organının tek kişi olması, Başkan'ın halk tarafından belli bir süre için seçilmesi ve Başkan'ın görevde kalmasının yasama organının güvenine dayanmaması başkanlık sisteminin asli unsurları iken, yasama organının başkan tarafından feshedilememesi, aynı kişinin hem yasamada hem yürütmede görev alamaması ve başkanın yasama organının çalışmasına katılamaması ise başkanlık sisteminin tali unsurlarıdır.²⁶⁹

Bu özellikler dışında başkan, yürütme görevinde kendisine yardımcı olacak bakan konumundaki sekreterlerini kendisi belirler. Bu sebeple sekreterler parlamentoya karşı sorumlu değildirler, doğrudan başkana karşı sorumludurlar.²⁷⁰ Başkanın sorumluluğu ise "impeachment usulü" ile sınırlıdır. Impeachment, cezai nitelikte görülse de bir ceza yargılaması süreci değildir. Buna göre beraat kararı verilmiş olsa da impeachment kararı ile görevden uzaklaştırma mümkün olduğu gibi, mahkumiyet kararı verilmiş olsa da, Başkan Clinton'un mahkemede yalancı tanıklıkta bulunarak adaleti engellemekten suçlu bulunduğu halde hakkında görevden uzaklaştırma kararı verilmemiş olması örneğinde olduğu gibi, impeachment kararı verilmemesi mümkün olduğundan impeachment yargılaması bir ceza yargılaması olmayıp, kendine özgü(Sui generis) bir yargılamadır.²⁷¹ Bununla birlikte şunu da unutmamak gerekir ki, suç işlememiş bir başkanın siyasi nedenlerle impeachment usulüyle görevden alınması da mümkün değildir.²⁷²

Başkanlık sisteminde yasama organı da başkan gibi genel oyla halk tarafından seçilir. Burada yasa yapma ve bütçeyi belirleme yetkisine sahip olan yasama organıdır. Bu sebeple yürütme, her ne kadar güçlü olsa da, yasamanın çıkardığı yasaları uygulama ve ayırdığı bütçeyi harcama yetkisi dışına çıkamaz.²⁷³ Bu sebeple başkanlık sisteminde parlamenter sistemde sıkça görülen yasama ile yürütmenin aynileşmesi riski daha azdır.

²⁶⁹ Gözler, a.g.e., ss. 92-93.

²⁷⁰ Teziç, a.g.e., s. 430.

²⁷¹ Kemal Şahin, (2001), *Kamu Hukuku Perspektifinden İmpeachment*, Beta Yayınları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphanesi, Ankara: ss. 125-127.

²⁷² Gözler, a.g.e., s. 95.

²⁷³ Avcı, a.g.e., s. 103.

Başkanlık sisteminde ideolojik ilkesizlik, zayıf ve disiplinsiz partiler ve yerel sorunlara yönelik politikalar ayırt edici özellikler olarak göze çarpmaktadır.²⁷⁴ Bu özelliklerin ABD'ye önemli katkılar kazandırdığı ve birçok olumsuzluğu ortadan kaldırdığı söylenebilir. Örnek verecek olursak, mevcut partiler arasında net fikir ayrılığının olmaması ve partilerin ideolojik olarak katı çizgilere sahip olmamaları medeni kazanımları beraberinde getirmiş, bununla birlikte ülkemizde ve benzer birçok ülkede yaşanan partizan politikaların meydana getirdiği olumsuzlukların da önüne geçilmesine sebep olmuştur.

Günümüz dünyasında ABD'nin hukuki, ekonomik ve daha birçok açıdan lider konumunda olduğu bilinen bir gerçektir. ABD'nin mevcut bu başarısında başkanlık sistemi ve kazanımlarının etkisi yadsınamaz. Ancak ABD'de var olan çoğulcu demokrasi kültürü ve temel hak ve özgürlüklerle fikir özgürlüğüne verilen önem başarının altında yatan temel etmenler olarak göze çarpmaktadır. Bu açıdan başkanlık sistemi ABD'de, çoğulcu demokrasi ile insan hak ve özgürlüklerini destekler ve geliştirir mahiyette uygulama alanı bulmaktadır. Bunun dışında hükümet krizi mümkün olmadığından istikrarlı bir yönetime yol açması, yasamayı yürütmeden bağımsız hale getirerek denge - denetimi güçlendirmesi ve böylece kuvvetler ayrımını belirginleştirmesi başkanlık sisteminin diğer avantajları olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁷⁵

Diğer bir açıdan başkanlık sisteminin başarısız uygulamalarında sıkça görüldüğü üzere, parlamento çoğunluğu ve başkanın aynı partiden olması durumunda hak ve özgürlüklerin tehlikeye girmesi, tek adam idaresine dönüşme riski ya da başkan ve parlamento çoğunluğunun farklı partiden olması durumunda sistemin kilitlenmesi riski karşılaşılan dezavantajlar olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁷⁶ Ayrıca başkanlık sisteminde demokrasinin kesintiye uğraması ihtimalinin parlamenter rejime göre daha fazla olması sebebiyle, demokrasinin istikrarı için parlamenter sistem daha elverişli görülmüştür.²⁷⁷ Birçok ülkede başkan var olmasına rağmen, başkanlık sisteminin özünde var olan kuvvetler ayrımı ilkesi ile özellikle yasama - yürütme dengesinin olmaması ve

²⁷⁴ Akgül, a.g.m., s. 89.

²⁷⁵ Avcı, a.g.e., s. 107.

²⁷⁶ Avcı, a.g.e., ss. 113-114.

²⁷⁷ İpek, a.g.e., s. 73.

çoğulcu demokrasi kültüründen uzak olunması sebebiyle ordunun iktidara müdahalesi ile askeri diktatörlükler veya kişisel iktidarlar ortaya çıkmıştır. Başkanlık sisteminden sapmalar sonucu oluşan böyle sistemlere başkanın olduğu, ancak başkanlık sisteminin ortadan kalktığı "başkancı rejimler" denebilir.²⁷⁸

Son olarak başkanlık sisteminde yargının, başkanı ve kongrenin işlemlerini denetlemesi sebebiyle önemli bir işleve sahip olduğunu söylemek gerekir.²⁷⁹ ABD’de Amerika Yüksek Mahkemesi üyelerinin hayat boyu görev yapmak üzere seçilmeleri yargı bağımsızlığı adına önemli görülmüştür. Ayrıca Anayasa ile, federal hakimlere görevde kaldıkları sürece, Başkan'ın ve Kongre'nin azaltamayacağı ve yoksun bırakamayacağı bir ödeme sağlanmıştır.²⁸⁰ Ancak bununla birlikte kongrenin, yargıçlar üzerinde "impeachment" yetkisinin olması ve yargıçların yetkisini sınırlayabilmesi yasamanın yargı üzerindeki bağlayıcı etkisidir. Bu nedenle yargının etkin siyasi iradeye uyumlu kararlar aldığı eleştirisi ABD’de de yapılmakta olan bir eleştiri²⁸¹ olarak karşımıza çıkmaktadır.

3.3.2. Parlamenter Sistem veya Yumuşak Kuvvetler Ayrılığı Sistemi

Parlamenter sistem, yasama ve yürütme organlarının -birbirinden hukuken bağımsız olsalar da- aralarında var olan işbirliği ve etkileşimin yoğunluğu sebebiyle, yumuşak kuvvetler ayrımına dayalı sistem olarak ifade edilir.²⁸² 18. yüzyıl ortalarında İngiltere’de ortaya çıkmış olan parlamenter rejim, 19. yüzyılda birçok Kıta Avrupa’sı ülkesinde uygulama alanı bulmuş ve uzun bir zaman dilimi içerisinde belli tecrübeler ve uygulamalar sonucu şekillenmiştir.²⁸³ Kralın mutlak iktidarının sınırlandırılması amacıyla gerçekleştirilen İngiltere’deki 1215 tarihli Magna Charta, 1628 yılında tanınan dilekçe hakkı ve 1689’da gerçekleşen insan hakları bildirisi parlamenter sistemin şekillenmesinde de önemli kilometre taşları konumundadır.

²⁷⁸ Teziç, a.g.e., s. 434.

²⁷⁹ Akgül, a.g.m., s. 90.

²⁸⁰ Hacı Ali Açıkgül, (2012), Amerikan Yargı Sistemi, *Adalet Dergisi*, Sayı: 43, Ankara: s. 56.

²⁸¹ Akgül, a.g.m., s. 91.

²⁸² Avcı, a.g.e., s. 31.

²⁸³ Teziç, a.g.e., s. 406.

Parlamentar sistemde yasama ve yürütme yetkileri kural olarak iki farklı organa verilse de, bu organlar birbirinden bağımsız olmayıp karşılıklı işbirliği içerisinde hareket etmekte ve birbirinin hukuki varlığına son verme imkanına sahip olmaktadır.²⁸⁴ Yasama ve yürütme arasındaki işbirliği, işlevsel açıdan, kanunların hazırlanması ve kabulü aşamalarında genellikle kanunların yürütme organı hükümet tarafından parlamentoya tasarı olarak sunulması ve parlamentodaki görüşmeler sonunda kabul edilmesi iken, organik açıdan, yürütmenin her iki kanadının da genellikle parlamento tarafından seçilmesi anlamına gelir.²⁸⁵ Parlamentar sistemde yürütme organı iki başlıdır. Buna göre hükümet yürütmenin sorumlu kanadı, devlet başkanı ise yürütmenin sorumsuz kanadıdır. Hükümet yasama organına karşı sorumludur.

Devlet başkanı yürütmenin sorumsuz kanadı olduğu için yetkilerini ancak başbakan veya bir bakanın karşı imzasıyla kullanabilir.²⁸⁶ Devlet başkanının görevini yerine getirirken siyasi sorumluluğu olmadığı gibi cezai ve hukuki sorumluluğu da yoktur.²⁸⁷ Bu sorumsuzluğun tek istisnası "vatan hainliği"dir ve vatan hainliğinden kastedilen cumhurbaşkanının görevini anayasaya ya da ülkenin yüksek çıkarlarına aykırı bir biçimde kötüye kullanmasıdır.²⁸⁸ Bu durumda Cumhurbaşkanı'nın Yüce Divan'a sevk edilmesi söz konusudur. Cumhurbaşkanı'nın Yüce Divan'a sevki halinde Yüce Divan'ın iki tür müeyyide uygulaması söz konusudur. Bunlardan birincisi siyasi olarak Cumhurbaşkanı'nın görevden azledildiğinin tespiti, ikincisi ise yürürlükteki ceza kanununa göre suçlu bulunması halinde mahkumiyetidir.²⁸⁹ Bakanlar kurulunun ise cezai ve hukuki bakımdan sorumlulukları söz konusu olduğu gibi aynı zamanda parlamentoya karşı siyasi sorumlulukları da söz konusudur. Bakan ya da bakanlar kurulu için parlamentoda güvensizlik oyu verilmesi halinde bakanın ya da bakanlar kurulunun görevden çekilmesi gerekmektedir.²⁹⁰

²⁸⁴ Gözler, a.g.e., s. 100.

²⁸⁵ Teziç, a.g.e., ss. 405-406.

²⁸⁶ Gözler, a.g.e., s. 101.

²⁸⁷ Teziç, a.g.e., s. 408.

²⁸⁸ Teziç, a.g.e., s. 409.

²⁸⁹ Teziç, a.g.e., s. 410.

²⁹⁰ Teziç, a.g.e., s. 412.

Parlamente sistemde hükümetin güvensizlik oyuyla düşürülmesine paralel olarak yürütme organının da yasama organını feshedebilmesi mümkündür.²⁹¹ Bu sistemde aynı kişi hem yasamada hem yürütmede görev alabileceği gibi, bakanlar kurulu da yasama organının çalışmalarına katılabilir.²⁹²

Parlamente sistemde yasama ve yürütme arasında var olan dengenin zamanla yürütme lehine kaybedildiği, parlamentonun etkinliğini yitirdiği, hükümetin önem kazandığı ve açık bir biçimde parlamentodan üstün bir duruma geldiği birçok yazar tarafından dile getirilmektedir.²⁹³ Parlamente sistemde hükümeti oluşturan siyasi partinin aynı zamanda yasama çoğunluğunu da oluşturması yasama ve yürütmenin yürütmede birleşmesi sonucunu doğurmuş, bu durum kuvvetler ayrımı ilkesini de büyük oranda zedelemiştir.²⁹⁴ Yürütmenin yasamayı açık bir biçimde kontrolü altına alması sonucu yasamanın denetim görevi büyük oranda güç kaybetmiştir.²⁹⁵

Parlamente sistemde parlamente çoğunluğun hem yasama gücünü elinde bulundurması hem de hükümet etme yetkisine sahip olması azınlığın hak ve özgürlüklerinin tehlikeye girmesi ve rejimin çoğunluk diktatörlüğüne dönüşmesi riskini taşımaktadır. Bununla birlikte bu sistemde siyasal partilerin güçlü olması ve hükümeti oluşturan siyasal partinin de başkanı konumundaki başbakanın aynı zamanda hükümetin başı sıfatıyla bakanlar ve meclis üzerindeki etkin konumu²⁹⁶ sebebiyle keyfi uygulamalara açık olması ayrı bir risk olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeple tıpkı başkanlık sisteminde olduğu gibi parlamente sistemde de çoğulcu demokrasi kültürünün zayıflığı halinde diktatöryal yönetime dönüşme riski ve temel hak ve özgürlüklerin tehlikeye girme riski her zaman söz konusu olabilmektedir.

Katı disiplinli parti sisteminin hakim olduğu ülkemizde ve benzer ülkelerde partiyi yöneten başbakan ve çevresindekilerin iradesi hem meclis iradesinin hem de hükümet iradesinin önüne geçmektedir. Zira milletvekillerinin parti iradesi dışında bir irade ortaya koyması mümkün olmadığı gibi, hükümet de zaten parlamentoda

²⁹¹ Gözler, a.g.e., s. 103.

²⁹² Gözler, a.g.e., s. 104.

²⁹³ Akgül, a.g.m., s. 93.

²⁹⁴ Avcı, a.g.e., s. 33.

²⁹⁵ Akgül, a.g.m., s. 94.

²⁹⁶ Avcı, a.g.e., s. 33.

çoğunluğa sahip iktidar partisi tarafından oluşturulmaktadır. Bu sebeple de ülkemiz ve benzer ülkeler için yukarıda bahsini ettiğimiz riskler her zaman mümkün olabilmektedir.

3.3.3. Yarı Başkanlık Sistemi veya Karma Sistem

Yarı başkanlık sistemi gerek başkanlık sisteminin, gerekse parlamenter sistemin müesseselerine yer veren bir model olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁹⁷ Yarı başkanlık sisteminde devlet başkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi ve anayasa tarafından çok önemli yetkilerle donatılması özellikleri başkanlık sistemine benzemekte iken, parlamento karşısında sorumlu bir başbakanın ve bakanlar kurulunun varlığı özellikleri parlamenter sisteme benzemektedir.²⁹⁸ Yarı başkanlık sistemi 1919 Weimar Anayasası ile ilk kez uygulama alanı bulmakla birlikte, 1958 Fransa Anayasası ile hayata geçirildiğinde dikkat çekici bir hal almıştır.²⁹⁹

Bu sistemde, bir tarafta Cumhurbaşkanı, diğer tarafta da hükümetin bulunduğu iki başlı yürütme organı mevcut olmakla birlikte, hükümet yasama organına karşı sorumludur ve parlamentonun kabineyi güvensizlik oyu ile düşürebilmesi bu sistemde de mümkündür.³⁰⁰ Yarı başkanlık sisteminde ayırt edici nitelik, temelde parlamenter sistem özelliği görülmesine karşın halk tarafından doğrudan doğruya seçilmiş devlet başkanının olmasıdır. Ülkemizde 21 Ekim 2007 tarihinde halk oylaması yoluyla kabul edilen Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilmesi öngörülmüş ve 12. Cumhurbaşkanı'nın seçimi halk tarafından gerçekleştirilmiştir. Bu sebeple ülkemizde fiilen yarı başkanlık sistemine geçildiği söylenebilir. Ancak gözden kaçırılmaması gereken husus, yarı başkanlık sisteminde de çoğulcu demokrasi kültürünün varlığının esas olduğudur. Tıpkı başkanlık sistemi ve parlamenter sistemde olduğu gibi yarı başkanlık sisteminde de çoğulcu demokrasi kültürünün olmaması sistemi işlevsiz hale getirebilir. Bu sebeple asıl olan çoğulcu demokrasi kültürünün

²⁹⁷ Avcı, a.g.e., s. 30.

²⁹⁸ Avcı, a.g.e., s. 30.

²⁹⁹ Avcı, a.g.e., s. 30.

³⁰⁰ Gözler, a.g.e., s. 99.

varlığı, hukuk devletinden ödün verilmemesi ve bu uğurda kuvvetler ayrılığı ilkesinin hassasiyetle gerçekleştirilmesi olmalıdır.

Sonuç olarak hem başkanlık sisteminde, hem parlamenter sistemde, hem de yarı başkanlık sisteminde ulaşılması amaçlanan temel hedef, kuvvetler ayrımının gerçekleştirilmesi yoluyla çoğulcu demokrasi kültürü ve hukuk devletinin hayata geçirilmesi olmalıdır. Bu hedeften sapılması halinde ise her üç sistem de anlamını ve işlevini yitirecek ve var olma amacından uzaklaşacaktır.

3.4. YARGININ KONUMU

Kuvvetler ayrılığına dayalı yönetim sistemlerini işlerken bahsi geçen sistemlerin yasama ile yürütme ilişkilerinin düzenleniş tarzına göre ayrıma tabi tutulduğunu belirtmiştik. Yargının bu tablonun dışında tutulmasının başlıca sebebi yargı bağımsızlığının hukuk devletinin vazgeçilmez bir şartı olması ve bütün çağdaş demokratik rejimlerde yargı bağımsızlığının korunmasının mutlak olmasıdır.³⁰¹ Bu sebeple söz konusu sistemlerin sınıflandırılmasında başlıca ölçüt olarak yasama ile yürütmenin birbiriyle ilişkisi ele alınmış, yargının bağımsızlığı ve yasama veya yürütmenin etkisinden uzak olması gerektiği baştan kabul edilerek tartışma konusu dahi yapılmamıştır.

Bununla birlikte çoğulcu demokrasi kültürünün oturmadığı, hukuk devletinin öncelikli kaygı olmadığı birçok ülkede, kağıt üzerinde kuvvetler ayrılığına dayalı yönetim sistemi mevcut olsa da, farklı sorunlarla karşılaşmaktadır. Bu sorunların sonucunda temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesi ve hukuk ilkelerinden uzaklaşılması kaçınılmaz hale gelmektedir. Bunu önlemenin en etkin yolu ise, yasama ve özellikle yürütmeden gelebilecek kişi hak ve özgürlüklerini kısıtlayıcı düzenlemeleri engellemek için, yargıyı gerçek anlamda bağımsız ve tarafsız kılmak olacaktır.³⁰²

Parlamenter sistem için bu durumu ele alacak olursak, yürütme ile yasama arasındaki çizgilerin giderek kaybolması parlamento denetimini etkisizleştirirken diğer

³⁰¹ Avcı, a.g.e., s. 11.

³⁰² Ünal Özkorkurt, a.g.m., s. 226.

bir kuvvet olan yargı denetimini ön plana çıkarmakta ve yasama organı tarafından çözülmesi gereken sorunların yargı tarafından çözülmesini gerektirmektedir.³⁰³ Bağımsız yargı ve Anayasa Mahkemesi'nin varlığının önemi de bu noktada ortaya çıkmaktadır.

Yargı fonksiyonunun amacı hukuk düzeninin korunması ve gerçekleştirilmesi olarak ifade edilmiştir.³⁰⁴ Yargı fonksiyonunun bu amacı ile, kuvvetler ayrılığı ilkesi ile ulaşılmaya çalışılan baskıcı yönetimlere karşı kişi hak ve hürriyetlerinin güvence altına alınması amacı birbiriyle örtüşmektedir. Bu sebeple de hukuk devleti hedefinin ve kuvvetler ayrılığı ilkesinin gerçekleşmesinde yargıya düşen rol, diğer erklerle göre ayrı bir öneme sahiptir. Bunun için öncelikle ve bütün yönleriyle yargının bir erk olarak varlığını sürdürür olması ve yargı bağımsızlığının mutlak surette gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

Bize göre yargının gerçek bir erk olması ve bağımsız olması öylesine önemlidir ki, hiçbir mazeret bu durumun gerçekleşmesinin önünde bir engel olarak ileri sürülmeye değer olamaz. Öyle ki yürütmenin "kamu yararı"nın gerçekleştirilmesi amacıyla yargıyı belli konularda devre dışı bırakma yönündeki çabası da bu yönde bir mazeret olarak kabul edilemez durumdadır. Zira yargı fonksiyonunun işlevini bağımsız olarak yerine getirmesi, öncelikle kamu yararının gerçekleşmesine hizmet etmektedir. Bu açıdan bakıldığında yargının bağımsızlığına ve işlevselliğine engel olunması başlı başına kamu yararını zedeleyici nitelikte görülmektedir.

Sonuç itibarıyla "adaletin gerçekleştirilmesi" amacı hem yargı hem de yürütme için ortak amaç olarak kabul edilmelidir.³⁰⁵ Çağdaş hukuk devletinin başta gelen niteliği, kamu düzeninde yönetenlerin ve hangi konumda olursa olsun şahısların iradelerinin değil; hukukun üstünlüğünün belirleyici kural olmasıdır.³⁰⁶ Bu durum yasama ve yürütme erklerini temsil edenler için geçerli olduğu gibi yargıyı temsil edenler için de

³⁰³ Şeref Ünal, (2004), Yargı Bağımsızlığı, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt: 37, Sayı: 3, Ankara: s. 64.

³⁰⁴ Özbudun, a.g.e., s. 353.

³⁰⁵ Özbudun, a.g.e., s. 353.

³⁰⁶ İbrahim Pınar, (2007), İdari Yargı Kararlarının Uygulaması Aşamasında Karşılaşılan Sorunlar, *Terazi Dergisi*, Yıl: 2, Sayı: 16, Ankara: s. 95.

geçerlidir. Bu sebeple yargıyı temsil edenlerin tıpkı yürütme ve yasamayı temsil edenler gibi hukuk dışı, keyfi uygulamalara imza atmaları kabul edilemez.

3.5. TÜRKİYE'DEKİ SİSTEM SORUNU VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Türkiye'de özellikle son dönemlerde sistem üzerine yapılan tartışmalar oldukça yoğunluk kazanmıştır. 21 Ekim 2007 tarihinde Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilmesi ile fiilen yarı başkanlık sistemine geçildiği veya başkanlık sistemine geçiş sürecinin yaşandığı yönünde tartışmalar yaşanmaktadır. Tabii bu tartışmaların ardında yatan en öncelikli gerçeğin, ülkemizde uygulanmakta olan mevcut parlamenter sistemin işleyişinde yaşanan aksaklıklar olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Aslına bakılırsa parlamenter sistem, diğer sistemler olan başkanlık, yarı başkanlık ve hatta meclis hükümeti sisteminin uyum sağladığı gibi, çoğulcu demokrasinin uygulanmasına uyum sağlayan bir sistemdir.³⁰⁷ Sorun, parlamenter sistem kaynaklı bir sorun değildir. Buna göre sorun, ülkemizde parlamenter sistemin uygulanışından kaynaklı bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Tıpkı başkanlık sisteminin kötü uygulamalarının diktatörlüğe kayan bir yönetime dönüşmesi gibi, ülkemizde de yasama, yürütme ve yargı organlarının görev tanımı dışına çıkmaları ve kendi olması gereken mahiyetlerini tam olarak gerçekleştirememeleri sonucu adeta kuvvetler birliğine yönelen bir parlamenter sistem ortaya çıkmaktadır.

Bu açıdan bakıldığında, ülkemizde yasama meclisinin yasa yapma işlevini layıkıyla, çağdaş anayasal işleyişe uygun olarak gerçekleştirdiğini söylemek pek mümkün olmamaktadır. En basitinden kamu ihale kanununda son yıllar itibarıyla değişmeyen paragraf, hatta cümle kalmamış, torba yasaların nitelikleri ciddi tartışma konusu olmuş ve ayrıca milletvekillerinin meclisten geçen yasalar konusunda ne kadar bilgi sahibi oldukları da tartışılır olmuştur.

Ülkemizde, bir diğer erk olan "yargı"nın da kendi fonksiyonunu tam olarak gerçekleştirdiğini söylemek doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Özellikle yürütme erki

³⁰⁷ Gözübüyük, a.g.e., s. 29.

başta olmak üzere farklı baskı gruplarının yargıyı etkileme çalışmaları sıkça yaşanmaktadır. Bu etki ve baskılar karşısında birçok yargı mensubu erk olma iradesini göstermekten uzak bir görüntü çizmekte ve aynı zamanda yargı mensupları üzerindeki liyakat tartışmaları da devam edegelmektedir. Bu sebeplerle de yargının kendi fonksiyonunu eda etmesi mümkün olmamaktadır.

Sonuçta yasama ve yargı erklerinin gerçek hüviyetlerinden uzak bir görüntü çizmesi, her zaman keyfi uygulamalara açık olan yürütme organında usulsüzlüklere ve hukuk dışı uygulamalara zemin hazırlamaktadır. Aslına bakılırsa yürütme organının bu yapısı, günümüze özel veya ülkemiz yürütme organına has bir durum olmayıp, her zaman muhtemel olan ve bütün iktidar sahipleri için denge ve denetim mekanizmalarının olmaması halinde karşılaşılmaması kaçınılmaz olan bir durumdur.

Bu itibarla, bize göre sistemin parlamenter sistem olması ya da başkanlık sistemi olmasının pek de bir kıymeti yoktur. Önemli olan çoğulcu demokratik hukuk düzeninin gerçekleşmesi ve işlemlerini sağlayacak yasama, yürütme ve yargı erklerinin kendi fonksiyonlarını layıkıyla yerine getirebilecekleri bir zeminin meydana getirilmesidir. Yukarıda bahsini ettiğimiz gibi, parlamenter sistemin de başkanlık sisteminin de artı yönleri olduğu gibi eksi yönleri de vardır. Bu açıdan önemli ve gerekli olan öncelikle temel ilkelerin ortaya konulması olmalıdır.

Yapılması düşünülen yeni Anayasa'da da bu prensip esas alınmalı ve tek tek maddelerin oluşturulması yoluna gidilmeden önce, sistemde ve Anayasa'nın ruhunda, çoğulcu demokratik hukuk devleti sistemi ile yönetimin tesis edilmesini sağlayacak temel ilkelerin belirlenmesi konusunda kafa yorulmalı ve anayasa hukuku konusunda uzman olanlarca belirlenecek temel ilkeler hususunda konsensüs sağlanmalıdır. Kanaatimizce burada belirlenecek temel ilkelerden bazıları şunlar olmalıdır; ilk olarak egemenlik ilkesinde soyut olan milli ya da millet egemenliği değil, somut olan ve çoğulculuk temelinde şekillendirilecek halk egemenliği ilkesi esas alınmalıdır. Burada çoğulcu demokrasi ilkesi Anayasa'nın özünde ve ruhunda yerini korumalıdır.

Esas alınması ülkemiz adına yerinde olacak bir diğer ilke üniter yapının korunmasıdır. Öncelikle ülkemizin yüz ölçümü ve coğrafi yapısı dikkate alındığında

federal yapılanmayı gerekli kılacak kadar büyük bir coğrafyada yer almadığımız açıktır. Aynı zamanda çağımızdaki ulaşım imkanları ve iletişim hızındaki gelişmişlik düzeyi dikkate alındığında federal bir yapıya ihtiyaç olmadığı anlaşılabacaktır. Bununla birlikte, ülkemizdeki terör sorunu göz önünde bulundurulduğunda, federal yapılanma halinde terör sorununun derinleşmesi endişesi haklı bir endişedir. Bütün bu sebeplerle ülkemizde üniter yapının sağlıklı zeminde devam ettirilmesi, gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu durum sadece sistemsal olarak var olmalı ve çoğulcu kültürün yaşatılmasına engel olacak bir pozisyona ya da tek düze mutlakıyetçi bir yapıya dönüşmemelidir.

Anayasa'da temel ilke olarak kabul edilmesi gereken bir diğer ilke, partilerin katı disiplinli partiler olmasından vazgeçilmesi ve parti içi çoğulcu demokrasinin sağlıklı zeminde gerçekleşmesi ilkesi olmalıdır. Ülkede var olan kutuplaşmaların öncül sebeplerinden birisi partilerin katı disiplinli partiler olmaları ve bu sebeple parti içinde farklılıkların kabul edilmemesi ile başka partilerle mücadelenin "vatan hainliği" düzeyinde gerçekleştirilmesidir. Böylesine toplum içindeki kutuplaşmayı alevlendiren bir parti sisteminin çoğulcu demokratik anlayışa büyük bir darbe vurduğu açıktır.

Ayrıca yargı ve bürokraside sıkça dile getirilen liyakat tartışmasının partiler için bahsinin bile yapılmaması şaşırtıcıdır. Oysa partiler için liyakat kriterlerinden çok, bağlılık ve itaat kriterlerinin esas alındığı bilinen bir gerçektir. Bu durumda da liyakatı olmasa da, partilerde etkin olan birçok siyasetçi ülke yönetiminde söz sahibi olabilmektedir. Bu sebeplerle de ülkemizdeki siyasal parti sisteminin yeniden gözden geçirilerek liyakat kriterinin esas alınacağı bir yönetim anlayışının ve katı disiplinden uzak çoğulcu demokratik bir parti sisteminin ülkeye kazandırılması yerinde olacaktır.

Bunun için ve bununla birlikte düşünülmesi gereken bir diğer temel ilke ülke içi siyasetinin yerel politikalar(yol, su, kanalizasyon, iletişim gibi ülke içi hizmet politikaları) düzeyinde şekillendirilmesinin esas kabul edilmesidir. Böylece öncelikle kendi partisinden olmayı vatan haini görecektir şekilde izlenen siyaset anlayışına fırsat verilmemiş olacak, bu şekilde kutuplaşmaların önüne geçilerek halkın aidiyet duygusu

zarar görmemiş olacak ve siyasetle belirlenen yöneticilerin liyakati somut verilere göre ortaya çıkabilecektir.

Bahsini ettiğimiz gibi, Anayasa ile hayata geçirilmesinin gerekliliğine inandığımız ilkelere ek olarak veya daha kapsamlı olarak, konunun uzmanlarınca yeni Anayasa için temel ilkelerin belirlenmesi gerekmektedir. Burada gözetilmesi gereken hedef ise özetle, kuvvetler ayrımı temelinde şekillenecek, çoğulcu yapıdaki demokratik hukuk devletini gerçekleştirme hedefi olmalıdır.



SONUÇ

"İktidar - Devlet - Hukuk Devleti", "Çoğulcu Demokrasi" ve "Kuvvetler Ayrılığı" bölümleri olmak üzere üç bölümde ele aldığımız tez çalışmamızda "insan" odaklı yaklaşımla konumuzu irdelemeye çalıştık. Bu bakış açısı bize, ırk, renk, dil ve din gibi ayrımlara girmeden, "insan"ı merkeze alarak, temel hak ve özgürlüklerin gerçekleşmesi ve yaşamsal hale gelmesi yönündeki ulaşılan evrensel hukuk düzeyinin öneminin yadsınamaz olduğunu göstermektedir.

Temel hak ve özgürlüklerin yaşanılır olmasının iktidarı temsil eden şahısların kişiliklerine bağlı olmaması için, sistemsal olarak kuvvetler ayrılığının gerçekleşmesi ve aynı zamanda yasama, yürütme ve yargı erklerinin kendi fonksiyonlarını layıkıyla yerine getirmeleri gerekmektedir. Bununla beraber çağdaş toplumlar için vazgeçilmez bir iksir gibi gördüğümüz "çoğulculuk" anlayışının demokratik hukuk devleti temelinde şekillendirilmesi gereği inkar edilemez. Zira, devletin hukuk devleti olması ve hukukun üstünlüğü ilkesi, bahsini ettiğimiz hedeflerin gerçekleşmesinde temel teşkil etmektedir. Bu şekilde gerçekleşme imkanı bulacak olan çoğulcu demokrasi sayesinde, ayrımcılığın önüne geçilerek toplumdaki aidiyet duygusunun gerçekleşebilmesinin yolları bulunabilecektir.

Tezimizin başında ele aldığımız "iktidar"ın meşruiyeti için, halkın oyunun yanında, hükümet etme eyleminin etkin bir şekilde toplumun bütün kesimlerine sunulması, iktidar sahiplerinin kendilerinde olması gereken liyakat kriterlerini taşımaları ve son olarak hukuk içinde hareket etmeleri gerekir. İktidarın sınırlandırılması hedefiyle amaçlanan da zaten iktidarın bütün bu kriterlere kavuşmasının temini, insan haklarının korunması ve toplumsal barışın tesisinin sağlanmasıdır.

Bu hedefin gerçekleşmesinde doğal hukuk yaklaşımı rol oynamakta ve özü itibariyle iktidarın hukukla sınırlandırılması sonucunu doğurmaktadır. Bununla birlikte anayasal devlet anlayışı ve anayasa yargısı iktidarın sınırlandırılmasına hizmet etmektedir. Aynı zamanda çoğulculuk anlayışı da iktidar sahipleri ve toplumun unsurları arasında dengeyi gözeterek siyasal iktidarı sınırlandırmaktadır. Son olarak kuvvetler

ayrılığı ilkesi denge ve denetim öngörerek, sistemsel olarak siyasal iktidarın hukuki sınırlar içerisinde kalmasını ve temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasını temin etmektedir.

Sonuç itibariyle, insanların hukuk içerisinde, bir arada ve kendileri olarak mutlu bir hayat sürdürebilmelerinin çoğulcu demokratik hukuk devleti sisteminin gerçekleşmesine bağlı olduğu ve aynı zamanda çoğulcu demokratik hukuk devletine giden yolun kuvvetler ayrımı ilkesinden geçtiği gerçeği tezimiz boyunca bizim hareket noktamız oldu. Bu açıdan bakıldığında bu temel hedeflerin, yapılması planlanan yeni Anayasa ile hayata geçirilmesinin önemi ortadadır. Bununla birlikte, yapımı planlanan bu Anayasa'nın gerçekleşebilmesi için Anayasa Uzlaşma Komisyonu yerine öncelikle, anayasa konusunda uzman olan, herkesin kabul ettiği duayen hukukçuların oluşturacağı ve T.B.M.M.'nin gözetiminde çalışacak "Anayasa Uzmanlar Komisyonu"nın kurulmasına ve yeni Anayasa üzerine çalışma yapmasına ihtiyaç olduğu kanaatini taşıyoruz.

Kurulacak Anayasa Uzmanlar Komisyonu'nun görevi, tezimizin de konusu olan ve vazgeçilmez nitelikteki temel ilke ve hedeflerin yeni Anayasa ile hayata geçirilmesi ve Anayasa kuruluş sürecindeki yol haritasının belirlenmesi olmalıdır. Kanaatimizce çoğulculuk, kuvvetler ayrımı, halk egemenliği gibi ilkelerin gerçekleştirilmesi hedefi karşısında sistemin parlamenter sistem olması ya da başkanlık sistemi olması konusu da tali bir konu durumunda olacaktır. Bu sebeple, kararlılıkla tezimizde bahsini ettiğimiz ilkeler yörüngeli adımların atılmasını ve bu ilkelerin temel hedef ve esas kabul edilmesini ülkemiz ve geleceğimiz adına vazgeçilmez görüyoruz.

KAYNAKÇA

AÇIKGÜL, Hacı Ali, (2012), Amerikan Yargı Sistemi, **Adalet Dergisi**, Sayı: 43, Ankara.

AKGÜL, Mehmet Emin, (2010), Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Dönüşümü ve Günümüz Demokratik Rejimlerindeki Anlamı, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 2010/4, Ankara.

ARSLAN, Zühtü, (2000-01), Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı, **Doğu Batı Dergisi**, Yıl: 4, Sayı: 13, Ankara.

AŞÇIOĞLU, Çetin, (1996), Yargıda Temel Sorun Doğru ve Güvenli Yargılama Hakkı, **Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı**, Sayı: 10, Ankara.

ATAR, Yavuz, (2010), Anayasa Mahkemesinin Yeniden Yapılandırılması, **Yargı Raporu-Demokratikleşme Sürecinde Yargı Kurumları**, Stratejik Düşünce Enstitüsü, Öncü Basım Evi, Ankara.

AVCI, Engin, (2015), **Başkanlık Sistemi**, 1. Baskı, Yason Yayınları, Ankara.

AVŞAR, Osman, (2009), *Türkiye'nin Avrupa Birliğine Tam Üyelik Sürecinde Hukuk Devleti ve İdari Usul Alanındaki Gelişmeler*, Yüksek Lisans Tezi, **Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü**, Ankara.

AYDEMİR, Süleyman Ruhi, (2004), "Hans Kelsen'in Saf Hukuk Teorisi ve Devlet Anlayışı", **Mevzuat Dergisi**, 76:17, <http://www.mevzuatdergisi.com/> 2004/04a/04.htm, (07.02.2016).

AYTAMAN, Veysel, (2005), **Hukuk Felsefesi**, Donkişot Yayınları, İstanbul.

BAĞBAŞI, Gamze, (2010), *"Güç" ve "Egemenlik" Kavramları Bağlamında Antonio Gramsci ve Edward Said'in Görüşlerinin Değerlendirilmesi*, Yüksek Lisans Tezi, **Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Ankara.

BAŞGİL, Ali Fuat, (1956), **"Hakkı ve Hukuku Devlet Mi Yaratır ve Yapar?" Tahir Taner'e Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul.

BECERİK, Arzu, (2007), *"İfade Özgürlüğünün Sınırları ve Yargının Tarafsızlığı"*, Yüksek Lisans Tezi, **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, İstanbul.

BERİŞ, H. Emrah, (2008), "Egemenlik Kavramının Tarihsel Gelişimi ve Geleceği Üzerine Bir Değerlendirme", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/933/11632.pdf>, (07.02.2016)

BIELEFELDT, Heiner, (2008), "Demokratik Hukuk Devletinde Özgürlük ve Güvenlik", **Hukuk Devleti**, Yüksel M.(Çev), Çoban, Ali Rıza vd.(Ed.) Adres Yayınları, Ankara, ss. 271-291.

BOYLU, Suna ve EMEKLİ, Ergün, (2008), "*Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne Tam Üyeliği Bağlamında Demokrasi ve İnsan Haklarının Önemi*", Doktora Tezi, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, İstanbul.

ÇAĞLAR, Bakır, (1989), **Anayasa Bilimi**, BFS Yayınları, İstanbul: s. 7.

DEMİRKOL, Ferman, (1991), **Yargı Bağımsızlığı**, Kazancı Yayınları, İstanbul.

DURSUN, Hasan, (2009), **Nasıl Bir Yargı Reformu**, Adalet Yayınevi, Ankara.

ERDOĞAN, Mustafa, (2013), **Özgürlük Perspektifinden Hukuk ve Demokrasi**, 1. Baskı, Kesit Yayınları, İstanbul.

ERDOĞAN, Mustafa, (2005), Egemenliğin Dünü-Bugünü, **Hukuk ve Adalet Dergisi**, Yıl: 2, Sayı: 6-7, İstanbul.

ERTUGAY, Fatih, (2005), "*Sivil Toplum Örgütlerinin Siyasal İktidar Üzerine Etkileri*", Yüksek Lisans Tezi, **Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Erzurum.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, (2003), **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul.

GÖKCAN, Hasan Tahsin, (2002), Çağcıl Hukukta ve 1982 Anayasasında Yargı Erki, **Türk Hukuk Dünyası Dergisi**, Sayı: 3, Ankara.

GÖKSU, Hasan Tuna, (2013), Demokrasilerde Bir Alamet-i Farika: Muhalefet, **HUKAB**, Sayı: 4, Ankara.

GÖZLER, Kemal, (2010), **Anayasa Hukukuna Giriş Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku**, Güncelleştirilmiş 16. Baskı, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa.

GÖZLER, Kemal, (2008), Tabii Hukuk ve Hukuki Pozitivizme Göre Adalet kavramı, **Muhafazakar Düşünce Dergisi**, Yıl: 4, Sayı: 15, Ankara.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, (2002), **Anayasa Hukuku**, 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, (2009), **Yönetmelik Yargı**, Turhan Kitabevi, Ankara: s. 1.

GÜNDAY, Metin, (2011), **İdare Hukuku**, 10. Baskı, İmaj Yayın Evi, Ankara.

GÜNEŞ, Mehmet, (2011), "*Bir Siyasal Rejim ve Demokrasi Uygulaması olarak Vesayetçi Demokrasi*", Doktora Tezi, **Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Ankara.

GÜNUĞUR, Haluk, (2005), Hukukun Üstünlüğü, *TBB Faruk Erem Ödülleri*, **TBB Yayınları**, Ankara.

GÜRAN, Sait, (1996), Yargı Reformu, **Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı**, Yıl: 2, Sayı: 10, Ankara.

İBA, Şeref, (2008), **Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar**, Gözden Geçirilmiş Güncelleştirilmiş 2. Baskı, A.Ü.H.F. Kütüphanesi, Ankara.

İNALCIK, Halil, (2007), *Osmanlı Hukuk Sisteminde Adaletin Üstünlüğü*, **Adalet Kitabı**, Arı, Bülent ve Aslantaş, Selim (Ed.). Orient Yayınları, Ankara.

İNCEOĞLU, Sibel, (2014), Yargıcın Davranış İlkeleri: Ehliyet ve Özen, **HUKAB**, Sayı: 10, Ankara.

İNCEOĞLU, Sibel, (2013), "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, İnceoğlu, Sibel(Ed.). Şen Matbaa, Ankara, ss. 23-52.

İPEK, Aydın, (2011), **Anayasa Hukuku Ders Notları**, 1. Baskı, Detay Yayıncılık, Ankara.

İPEK, Aydın, (2015), **Çoğulculuk Temelli Anayasa Yargısı ve Laiklik**, 1. Baskı, Yitik Hazine Yayınları, İzmir.

J. FRIEDRICH, Carl., (1999), **Sınırlı Devlet**, Mehmet T.(Çev), 1. Baskı, Gündoğan Yayınları, Ankara.

KAÇAR KIZILAR, Gülsen, (2010), "*Hukuk Devleti Anlayışında Yargı Erkinin Olan ve Olması Gereken Durumu*", Yüksek Lisans Tezi, **Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Kayseri.

KAPANI, Münci, (2015), "*Politika Bilimine Giriş*", 39. Baskı, **BB101 Yayınları**, Ankara.

KARAMUSTAFAOĞLU, Tunçer, (1970), **Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri**, 1. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara.

KARAN, Ulaş, (2013), "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, İnceoğlu, Sibel(Ed.). Şen Matbaa, Ankara, ss. 459-494.

KAYA, Arzu Pekin, (2014), İngiltere'de Kuvvetler Ayrılığı, **HUKAB**, Sayı: 9, Ankara.

KESER, Hayri (2005), "*Türk Anayasa Yargısında Hukuk Devleti*", Doktora Tezi, **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Konya.

KILIÇBAY, Mehmet Ali, (1996), Hakların Sicili Olarak Hukuk, Pazarlık Alanı Olarak Demokrasi ve Güvencesi Olarak Devlet, **Türkiye Günlüğü Dergisi**, Sayı: 43, Ankara.

KIRMAZ, Birol, (2009), **Avrupa Birliği Sürecinde Hakimlerin Denetimi ve Yargı Bağımsızlığı**, Adalet Yayınevi, Ankara.

KOC AOĞLU, Serhat Sinan, (2011), Türkiye Cumhuriyeti Yargı Sisteminin Temel Sorunu "Hakim (Savcı) Niteliği" ve Bu Hususta Eklektik Bir Çözüm Önerisi (Kassandra'nın Çılgılığı), **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 69, Sayı: 2011/3, Ankara.

KOÇDEMİR, Hakan, (2010), "*Thomas Hobbes'da İktidar ve Adalet Kavramları*", Yüksek Lisans Tezi, **Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Diyarbakır.

KUTLU, Mustafa, (2001), **Kuvvetler Ayrılığı Temelleri Gelişimi Hukuk Devletin Kökenleri**, A.Ü.H.F. Kütüphanesi, Seçkin Yayınları, Ankara.

MACHIAVELLİ, Niccolo, (2014), **Hükümdar**, Necdet Adabağ (Çev), 9. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul.

ODYAKMAZ, Zehra, Ümit, KAYMAK ve İsmail, ERCAN, (2006), **Anayasa Hukuku İdare Hukuku**, 7. Baskı, İkinci Sayfa Yayınları, İstanbul.

OKANDAN, Recai Galip, (1976), **Umumi Amme Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul.

ÖKTEM, Niyazi, (2012), Ontolojik Açından Etik Kavramı ve Hukuk Felsefesi, **Yargı Etiği Sempozyumu**, 15-16 Kasım, Ankara.

ÖNER, Mehmet Zülfü, (2013), Hakim ve Savcıların Denetimi, **HUKAB**, Sayı: 4, Ankara.

ÖZBİLGİN, Esin, (2013), Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılık Yasağı, **HUKAB**, Sayı: 4, Ankara.

ÖZBUDUN, Ergun, (2004), **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.

ÖZBUDUN, Ergun, (2014), Yargı Bağımsızlığı ve Anayasa Yargısı, **HUKAB**, Sayı: 10, Ankara.

ÖZEN, Muharrem, (2010), Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 68, Sayı: 2010/1, Ankara.

ÖZKAN, Gürsel, (2010), Anayasa Mahkemesine Göre Hukuk Devletinin Anlamı ve Yargının Konumu, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Sayı: 1, Ankara.

ÖZKÖK, Özlem, (2010), "*Müdahaleci Devletten Piyasa Ekonomisine Değişen Refah Devleti Anlayışı*", Doktora Tezi, **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, İstanbul.

ÖZTÜRK, Bahri, (1996), CMUK Reformu ve Uygulama, **Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı**, Sayı: 10, Ankara.

PANK, Çiğdem, (2012), "*Egemenlik Yetkisinin Demokrasi Açısından Sınırlandırılması*", Yüksek Lisans Tezi, **Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Muğla.

PINAR, İbrahim, (2007), İdari Yargı Kararlarının Uygulaması Aşamasında Karşılaşılan Sorunlar, **Terazi Dergisi**, Yıl: 2, Sayı: 16, Ankara.

SANCAR, Mithat, (2000), **Devlet Aklı Kıskaçında Hukuk Devleti**, 1. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul.

SELÇUK, Sami, (1999), **Demokrasiye Doğru**, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara.

SIR, Onur, (2010), "*Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi*", Doktora Tezi, **Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, İzmir.

ŞAHİN, Kemal, (2001), **Kamu Hukuku Perspektifinden İmpeachment**, Beta Yayınları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphanesi, Ankara.

ŞEN, Mahmut, (2012), İdarenin Yargısal Denetiminin Sınırlarına İlişkin Modeller, **HUKAB**, Sayı: 3, Ankara.

TANÖR, Bülent, (1992), **Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri**, 25. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul.

TAŞKIN, Ahmet, (2015), Toplumsal Ahlakın Yargıya ve Adalete Etkisi, **HUKAB**, Sayı: 12, Ankara.

TEZİÇ, Erdoğan, (2004), **Anayasa Hukuku**, 9. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul.

TOPALOĞLU, Ali, (2013), Düşünce Özgürlüğü, **Adalet Dergisi**, Sayı: 46, Ankara.

TÖGEL, Akif, (2013), Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolu'nun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Yapılan Başvurulara Etkisi, **Akademik Teklif-Hukuk ve İdari Bilimler Dergisi**, Yıl: 1, Sayı: 1, Ankara.

TURHAN, Mehmet, (1997), **Anayasal Devlet**, 1. Baskı, Gündoğan Yayınları, Ankara.

TURHAN, Mehmet, (1995), "Anayasacılık Açısından Çoğunluk İlkesi", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt 50., Sayı 1.: s.408, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/468/5422.pdf>, (01.02.2016)

TÜRCAN, Talip, (1999), "*İslam Hukukunda Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri -Batı ve Türk Hukukuyla Mukayeseli Bir İnceleme-*", Doktora Tezi, **Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Isparta.

ÜNAL, Eşref, (1994), **Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı**, T.B.M.M. Kültür Sanat Yayınları, Ankara.

ÜNAL, Şeref, (2004), Yargı Bağımsızlığı, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 37, Sayı: 3, Ankara.

ÜNAL ÖZKORKURT, Nevin, (2008), Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiye'sinde Yargıya Genel Bir Bakış, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 57, Sayı: 1, Ankara.

ÜNSAL, Artun, (1980), **Siyaset ve Anayasa Mahkemesi**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, No: 443, Ankara.

YAZICI, Serap, (2008), **Yeni Anayasanın Yapımı Sürecinde Türkiye: Yasaklılıktan Özgürlüğe Otoriterizmden Demokrasiye Vesayetçilikten Demokratik Temsile**, Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, Cilt: II, Yetkin Yayınları, Ankara.

YILMAZ, Ejder, (2005), **Hukuk Sözlüğü**, Yetkin Yayınları, Ankara.

ZEYBEK, Elif, (2014), Özgür Tam Demokratik Toplumda Çoğunluk, **HUKAB**, Sayı: 10, Ankara.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

AYM'nin 11.10.1963 gün, 1963/124 E. ve 1963/243 K. Sayılı İlamı,
<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr> (03.03.2016).

AYM'nin 30.05.1990 gün, 1990/2 Esas ve 1990/10 Karar Sayılı İlamı,
<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr> (03.03.2016).

Bangalore Yargı Etiği İlkeleri, (2003/43), *Birleşmiş Milletler*,
<http://www.hsyk.gov.tr> (20.02.2016).

DİZİN

A

Aidiyet Duygusu: 1, 97, 99
 Anayasa Yargısı: 26, 39, 40, 41, 66, 69, 70,
 71, 76, 82, 99
 Ayrımcılık Yasağı: 2, 64, 65
 Azınlık Hakları: 25, 41, 67, 68, 70, 71

B

Bireysel Başvuru: 40

E

Eski Yunan: 58, 78, 79
 Eşit Oy: 64, 67
 Evrensel Hukuk: 6, 11, 13, 19, 23, 24, 29,
 32, 39, 70, 71, 99

F

Federal: 39, 83, 89, 97

H

Hakimlik Teminatı: 38, 46, 48, 49, 55
 Halk Egemenliği: 20, 23, 24, 25, 26, 59, 96

G

Güvenlik: 29, 32, 33, 37, 42, 60, 61, 85

K

Kıta Avrupası: 40, 54, 89
 Kolluk: 19, 32

M

Manipülasyon: 26
 Meşruiyet: 7, 8, 19, 20, 24, 25, 26,
 52, 59, 84, 99

O

Osmanlı: 12, 13, 17, 37, 44, 78, 84

P

Polis Devleti: 33, 34
 Pozitif Hukuk: 31, 42, 77

R

Roma: 78

S

Seçim: 7, 24, 26, 42, 43, 48, 59,
 60, 66, 67, 68, 69, 70, 72, 73,
 92
 Siyasal Parti: 25, 41, 42, 91, 97

U

Ulus Devlet: 17

Y

Yargı Birliği Sistemi: 35
 Yargısal Denetim: 2, 34, 35, 38,
 39, 42, 55, 76
 Yasaların Genelliği: 46